

**LE JUGE
DE L'EXCÈS DE POUVOIR
ET LES MOTIFS
DE L'ACTE ADMINISTRATIF**

par

Bernard PACTEAU

Agrégé des Facultés de Droit

Professeur

à la Faculté de Droit de Clermont-Ferrand

Préface de

J.-M. AUBY

Professeur à l'Université de Bordeaux I

Doyen honoraire

Président honoraire

1971

**TRAVAUX ET RECHERCHES
DE LA FACULTE DE DROIT ET DE SCIENCE POLITIQUE
DE L'UNIVERSITE DE CLERMONT I**

1977

**LE JUGE
DE L'EXCÈS DE POUVOIR
ET LES MOTIFS
DE L'ACTE ADMINISTRATIF**

par

Bernard PACTEAU

*Agrégé des Facultés de Droit
Professeur
à la Faculté de Droit de Clermont-Ferrand*

Préface de

J.-M. AUBY

*Professeur à l'Université de Bordeaux I
Doyen honoraire
Président honoraire*

TRAVAUX ET RECHERCHES
DE LA FACULTE DE DROIT ET DE SCIENCE POLITIQUE
DE L'UNIVERSITE DE CLERMONT I

1977



Cet ouvrage reprend, avec une révision et une mise à jour, la thèse que nous avons soutenue le 20 décembre 1971 devant la Faculté de Droit de l'Université de Bordeaux I.

Le jury était ainsi composé :

Président :

M. J.-M. AUBY, Professeur, Président de l'Université de Bordeaux I.

Suffragants :

M. J. KAHN, Maître des Requêtes au Conseil d'Etat.

M. R. DUCOS-ADER, Professeur à la Faculté de Droit de Bordeaux.

M. J. LAMARQUE, Professeur à la Faculté de Droit de Bordeaux.



Digitized by the Internet Archive
in 2026

PREFACE

Le contrôle juridictionnel des motifs des actes administratifs, même si les historiens du contentieux lui reconnaissent des origines anciennes, ne s'est réellement développé qu'au début de notre siècle. C'est seulement à une époque tout à fait contemporaine qu'il a connu ses derniers développements importants : il n'est nullement certain qu'il n'en connaîtra pas d'autres.

Cette technique que l'on retrouve dans plusieurs branches du contentieux, mais qui connaît ses aspects les plus nombreux et les plus prestigieux dans le domaine de l'excès de pouvoir, constitue un élément majeur du contrôle juridictionnel de l'administration. Pour de multiples raisons, elle apparaît comme un élément fondamental du contentieux de l'administration en droit français.

C'est ainsi par exemple qu'aucune des institutions de ce contentieux ne traduit aussi fortement la conjonction des recherches théoriques de la doctrine et de la pratique jurisprudentielle. La chose est à la vérité assez exceptionnelle car dans la plupart des cas en ces matières l'activité doctrinale est apparue comme seconde par rapport à un donné jurisprudentiel que la recherche théorique a bien rarement orienté.

Sans doute la jurisprudence avait déjà commencé à pratiquer le contrôle des motifs avant que soient élaborées les grandes synthèses doctrinales du début du XX^e siècle. Il n'en reste pas moins que les recherches de Maurice Hauriou, de Duguit, de Bonnard et plus près de nous du Doyen Vedel ont sans aucun doute permis les développements ultérieurs du contrôle en dégagant ses principes et en déterminant ses modalités et les implications qu'il pouvait logiquement receler.

Cette collaboration a été incontestablement féconde et on ne saurait trop insister sur les apports de cette « ouverture » au bilan du contentieux ou du droit administratif général.

Est-il besoin de rappeler par exemple que c'est dans ce cadre que le juge administratif a sinon introduit du moins développé à l'extrême

l'examen et le contrôle des faits. Comme le rappelle M. Pacteau, la juridiction administrative du XIX^e siècle répugnait généralement à se pencher sur les circonstances factuelles des espèces. Pour des raisons certainement multiples tenant soit aux origines historiques du contentieux, soit à une attitude volontaire d'indifférence ou de réserve à l'égard des données diverses et contingentes de l'action administrative, le Conseil d'Etat se comportait en quelque sorte comme une Cour de Cassation réservant son contrôle aux seuls éléments juridiques. Malheureusement, cette limitation avait pour résultat d'abandonner les éléments de fait non à des juges de fond comme dans l'ordre judiciaire, mais bien à l'administration elle-même. En changeant d'attitude, le juge a donné à son contrôle une nouvelle et considérable dimension. Il l'a fait sans doute avec des précautions et des limites dont beaucoup subsistent encore. Il n'en reste pas moins que dans cette perspective, le contrôle du juge jusqu'alors limité à la confrontation des éléments normatifs, s'est étendu au point où la norme en se liant aux faits atteint son plus grand degré de concrétisation ; à un plan en quelque sorte vertical, celui de la formation de droit « par degré », le contrôle du juge développe ici considérablement son amplitude.

Un autre apport de cette technique contentieuse, parmi bien d'autres, est relatif à la modulation du contrôle de l'administration qu'elle a permis de réaliser. A la vérité ces variations d'intensité du contrôle selon les matières ne sont nullement particulières à cette « ouverture » et il serait facile de retrouver la même relativité dans d'autres ouvertures sinon dans toutes. Nulle part cependant on ne retrouve aussi nettement les degrés du contrôle que le juge a voulu établir en fonction d'éléments variés qui tiennent par exemple aux aspects techniques des activités administratives en cause ou à leur environnement politique. La jurisprudence a ainsi déterminé de manière relative et contingente les limites de son contrôle où commence le pouvoir discrétionnaire de l'administration. Si le principe de cette compétence discrétionnaire est certainement extérieur au juge, il est non moins certain que ses limites dépendant dans une large mesure de lui. Il est difficile de ne pas penser que le juge pourrait — il l'a fait à plusieurs reprises au cours des dernières années — déplacer encore ces bornes et intégrer à la légalité des nouveaux îlots relevant jusqu'alors de la libre appréciation administrative. La sagesse du juge, conscient des nécessités de l'action administrative et aussi des réactions qu'un contrôle excessif ne manquerait pas d'entraîner, le retient dans cette voie. Il est clair en tout cas qu'il n'aurait pu aller aussi loin s'il n'avait pas cherché à exploiter les techniques subtiles du contrôle des motifs et à en moduler avec soin l'application.

L'étude des techniques du contrôle des motifs est sans aucun doute une des plus difficiles du contentieux administratif. En particulier, il est très malaisé de tracer le cadre intellectuel susceptible d'englober avec suffisamment de logique et de cohérence les solutions jurisprudentielles : ceci encore que le juge contemporain soit moins éloigné que jadis des « faiseurs de systèmes » et que certains Commissaires du

Gouvernement participent complaisamment à l'élaboration des constructions d'ensemble. La tâche n'en demeure pas moins délicate et il suffit pour s'en convaincre de constater les variations des traités et manuels dans la présentation de ce problème.

Une des raisons de cette diversité tient peut-être au fait que beaucoup de juristes se croient obligé de placer leur étude dans le cadre d'une théorie générale des motifs de l'acte administratif, théorie dont la jurisprudence est censée fournir les illustrations. Une telle démarche est assurément légitime et peut se révéler fructueuse : il ne faut pas cependant qu'elle aboutisse à donner une fausse vision du droit positif en insérant de force dans des catégories rigides les solutions subtiles et nuancées de la jurisprudence.

M. Pacteau a souhaité échapper à un tel reproche. Sans négliger les apports doctrinaux et l'analyse théorique, il a tenu à placer essentiellement son étude dans une perspective étroitement liée à la jurisprudence. Son souci de fidélité, d'adéquation au droit positif l'a peut-être privé de certains développements brillants que l'on trouve chez certains de ses devanciers dans cette recherche : il lui a permis en tout cas de donner de ce problème l'analyse la plus exacte que comporte la doctrine française contemporaine.

Ce n'est pas dire qu'il y ait dans cet ouvrage (à l'origine thèse de doctorat) une simple recension des solutions jurisprudentielles. Comme on l'a indiqué, ces solutions très nombreuses sont extrêmement rebelles à l'analyse scientifique tant à cause de la discrétion et du lachisme du juge que du caractère volontairement empirique et souple de sa démarche. Il est impossible dans une large mesure de comprendre la jurisprudence du contrôle des motifs si on ne porte pas attention aux éléments de fait de chaque espèce qui seuls sont souvent de nature à éclairer le sens et la portée d'une décision. L'analyste doit donc être attentif et prudent. Il doit aussi, tant la matière est complexe, avoir non seulement une connaissance approfondie des techniques contentieuses mais également une sorte de sympathie permettant de dégager les intentions et les motivations profondes du juge.

Ceux qui connaissent M. Pacteau savent la passion — le mot n'est pas trop fort — avec laquelle il a pénétré dans les arcanes de la science du contentieux avant même de se consacrer à l'un de ses plus redoutables aspects. Cette familiarité préalable lui a permis d'aller plus loin dans la recherche que la plupart des auteurs de thèse qui, au début de leur carrière scientifique, n'ont généralement pas la vision d'ensemble leur permettant d'éclairer le sujet particulier de leurs travaux.

En cette matière, comme en beaucoup d'autres, la tâche du chercheur ne consiste pas uniquement à rassembler des matériaux parfaitement assimilés. Il est aussi nécessaire de les rassembler — sans les déformer — dans un exposé clair et précis. A ce plan en quelque sorte pédagogique, M. Pacteau a fait aussi preuve de grandes qualités dont on ne s'étonnera pas qu'elles lui aient valu peu après sa thèse un rapide et brillant succès au concours d'agrégation. Le lecteur ne pourra manquer

d'apprécier la manière magistrale dont l'auteur a exposé certains problèmes comme celui de la détermination des motifs. Ajoutées à la valeur de la recherche, ces qualités formelles font de l'ouvrage de M. Pacteau le meilleur instrument de travail actuel dont puisse disposer la doctrine dans un des domaines les plus importants du droit administratif.

J.-M. AUBY,
*Professeur à l'Université de Bordeaux I,
Doyen honoraire,
Président honoraire*

ABREVIATIONS

A.J.D.A. :	L'actualité juridique — Droit Administratif.
A.J.P.I. :	L'actualité juridique — Propriété immobilière.
C.E. :	Arrêt du Conseil d'Etat.
C.E. (Ass.) :	Arrêt du Conseil d'Etat rendu en Assemblée.
C.E. (S.) :	Arrêt du Conseil d'Etat rendu en Section.
D. :	Recueil Dalloz.
D.C. :	Recueil Dalloz Critique.
D.P. :	Recueil Dalloz Périodique.
Dr. Ouv. :	Droit ouvrier.
Dr. Soc. :	Droit social.
E.D.C.E. :	Etudes et Documents du Conseil d'Etat.
J.c.A. :	Jurisclasseur Administratif.
J.C.P. :	Semaine Juridique (Jurisclasseur Périodique).
Rec. :	Recueil Lebon.
Rec. (Tab.) :	Recueil Lebon. Tables.
Rev. Adm. :	Revue Administrative.
R.D.P. :	Revue du Droit Public et de la Science Politique.
R.G.A. :	Revue Générale d'Administration.
R.G.D.I.P. :	Revue Générale de Droit International Public.
R.I.D.C. :	Revue Internationale de Droit comparé.
R.I.S.A. :	Revue Internationale des Sciences Administratives.
R.P.D.A. :	Revue Pratique de Droit Administratif.
S. :	Recueil Sirey.
T. A. :	Jugement de Tribunal Administratif.

INTRODUCTION

Les actes administratifs unilatéraux ont nécessairement des motifs.

Ils en ont par nécessité naturelle, dans la mesure où tout acte juridique se présente fondamentalement comme un « acte de volonté » de son auteur. A ce titre, les actes administratifs ont inévitablement des causes, des ressorts, des déterminations, et même plus généralement une « histoire » dont le Doyen Duguit a montré comment elle comprenait logiquement une « conception », puis une « délibération » jusqu'à ce qu'il appelait, « le fiat de la volonté, la décision » (1).

La connaissance psychologique des agents publics, et l'étude approfondie des processus décisionnels peuvent alors avoir leur part d'examen de ce complexe d'antécédents, d'impulsions, de déterminations et de justifications qui concourent à la formation des décisions juridiques administratives.

Ces motifs importent cependant surtout au droit.

La teneur des motifs d'une décision peut ainsi avoir une grande importance pour la détermination de sa nature et de sa qualification mêmes, comme l'ont naguère rappelé les fameux arrêts « Société Frampar » « Le Monde » en 1960, et donc peut influencer son régime juridique (2). Des motifs d'une décision peut dépendre sa procédure d'élaboration, et singulièrement l'existence de l'obligation pour l'administration de faire bénéficier le destinataire de son acte des « droits de la défense », dont le champ d'application est en effet défini en fonction du caractère disciplinaire ou personnel des motifs de l'intervention de cet acte. De ses motifs peut également dépendre parfois la détermination de la compétence pour édicter l'acte, et il a par exemple été jugé

(1) Duguit : « Traité de Droit Constitutionnel » (3^e éd., 1927), tome 1, pp. 316 ss.

(2) C.E. (Ass.), 24 juin 1960, Société Frampar, et, même jour S.A.R.L. *Le Monde*, Rec. 412, concl. Heuman, A.J.D.A., 1960.1.154, chr. Combarnous et Galabert, R.D.P., 1960.815, concl. Heuman, D. 1960.744, note Robert, S. 1960.3.48, note Debbasch, J.C.P., 1960.2.11.743, note Gour-Long, Weil et Braibant, Grands Arrêts, n° 102.

qu'une sanction prise contre un agent municipal n'avait pu valablement être édictée par le maire dès lors qu'elle poursuivait un objectif qui faisait relever cette mesure du régime de l'Épuration (3). La motivation des décisions intervient encore pour en déterminer, en procédure contentieuse, le caractère nouveau ou simplement confirmatif (4). Au siècle dernier, la qualité même d'« acte de gouvernement », enfin, s'est longtemps déterminée par le « mobile » — en l'occurrence le mobile politique — qui avait animé la décision en cause.

D'avantage encore, la teneur des causes et des fondements des actes administratifs importe à leur légalité même.

C'est qu'en effet, l'acte administratif n'est pas seulement un « acte de volonté » destiné à produire des effets juridiques ; ou plutôt, les agents publics ne sont en réalité jamais habilités à « vouloir » et à édicter des actes juridiques qu'en conformité avec les règles antérieures et supérieures qui leur ont conféré « compétence » à cet effet. Ainsi Jèze précisait-il d'ailleurs que l'acte administratif est le produit d'une « manifestation de volonté », mais « en exercice d'un pouvoir légal » (5).

De la même manière que la loi réglemente les conditions formelles d'élaboration des décisions administratives, elle s'intéresse aux motifs pour lesquels ces décisions sont émises. Le droit peut ainsi interdire et condamner le surgissement de certaines causes dans le processus d'élaboration des actes administratifs ; le droit subordonne surtout l'émission du plus grand nombre d'actes à la survenance effective de telle ou telle situation ou à la réalisation de telle ou telle condition.

Aussi bien, si l'acte administratif a par nécessité naturelle des causes et des motifs, la nécessité juridique l'oblige également à en avoir qui le justifient suffisamment au regard de la loi de compétence mise en œuvre.

Donner des « motifs » aux décisions qu'il se propose d'édicter constitue ainsi pour l'agent administratif une opération éminemment juridique qui consiste d'abord à rechercher dans le droit les limites et les conditions de fond auxquelles l'exercice de sa compétence est soumise, si tant est naturellement qu'un titre juridique l'autorise à intervenir, et ensuite à examiner si les circonstances de l'espèce satisfont bien au cadre de sa compétence, et si donc il peut se considérer comme « bien-fondé » à prendre telle décision, si par exemple il est bien dans un cas où une sanction disciplinaire peut être infligée, ou une restriction de police édictée, un permis de construire accordé, tel avantage refusé, etc. Selon la formule de M. Gazier, l'acte juridique administratif sera bien-fondé dès lors qu'il y a « conjonction régulière des règles géné-

(3) C.E., 2 mai 1947, Bel, Rec. 173.

(4) Cf. Auby et Drago : « Traité de Contentieux administratif », n° 1029 — et par ex. C.E., 13 mars 1970, Société chimique et routière d'entreprises générales, A.J.D.A., 1970, 293, concl. Rougevin-Baville.

(5) Jèze : « Principes généraux du droit administratif » (éd. 1925), tome 1, p. 19.

rales qui définissent les pouvoirs de l'administration, avec la situation de fait à laquelle ces pouvoirs en l'espèce s'appliquent » (6).

L'objet du contentieux des motifs des actes administratifs est alors de procéder à la vérification de l'existence de motifs valables et suffisants pour fonder et justifier légalement ces actes. Il est, dans sa formulation la plus élémentaire d'examiner si l'auteur de l'acte a eu « tort » ou « raison » de l'édicter.

Semblable examen paraît relever aujourd'hui de l'évidence. La doctrine y voit, aussi bien, l'une des ouvertures désormais classiques du recours pour excès de pouvoir, assurément la plus féconde et la plus importante, en tout cas la plus décisive pour la détermination de l'étendue du « pouvoir administratif ».

La consistance de ce contentieux des motifs des actes administratifs doit alors être précisée (parag. 1). On explicitera également l'enjeu de ce contrôle juridictionnel des motifs, qui est inévitablement considérable, compte tenu de ses implications et des intérêts qu'il met en cause (parag. 2). On verra justement que sa formation historique a été difficile et controversée (parag. 3), si tant est, au demeurant qu'on puisse considérer ce secteur du contentieux de l'excès de pouvoir comme désormais parfaitement stabilisé.

I. — LA CONSISTANCE DU CONTENTIEUX DES MOTIFS DES ACTES ADMINISTRATIFS

La terminologie est en effet hésitante, ou tout au moins empreinte d'équivoque dès lors qu'on aborde cette « région mouvante », comme Hauriou la qualifiait, des causes et antécédents de l'acte administratif (7), et dès lors qu'il s'agit de spécifier ce qui, concrètement, est susceptible d'être inclus dans un « contrôle des motifs » de l'acte administratif. Il n'est, à cet égard que d'observer la diversité des expressions employées en doctrine comme en jurisprudence à propos de ce contrôle : tout déterminant, fait déterminant, base légale, motif impulsif, cause juridique, motif déterminant...

Il ne s'agit pas d'ailleurs ici de savoir si le contenu de telles influences qui se sont exercées sur l'émission de l'acte, ou de telles de ses causes, ne mérite pas en fait d'être considéré comme de toute façon indifférent à sa validité même. On verra en effet que, comme par exemple le contrôle des formes, celui des « motifs » connaît à cet égard d'inévitables limites, et que le juge de l'excès de pouvoir peut être amené à ne pas censurer un acte dont seul des motifs surabondants ou accessoires seraient entachés d'un vice.

(6) Gazier : « Essai de présentation nouvelle des ouvertures du recours pour excès de pouvoir », E.D.C.E., 1951, pp. 77 ss.

(7) Hauriou : « Police juridique et fond du droit », *Rev. trim. de dr. civil*, 1926, p. 265.

Il s'agit plutôt ici de déterminer si, a priori, les causes et antécédents des actes administratifs, tels qu'ils sont définis de façon générale comme leurs « motifs » d'émission, ne relèvent pas, ou ne devraient pas logiquement relever de plusieurs catégories distinctes, dont les contentieux seraient eux-mêmes séparés.

Ainsi est-il devenu courant d'opposer les « motifs » proprement dits de l'acte à ses « buts », et l'illégalité des motifs à ce que notre droit appelle le détournement de pouvoir. La constitution de ces deux contentieux en ouvertures distinctes du recours pour excès de pouvoir apparaît même généralement comme un facteur de bon ordre dans le contrôle des actes juridiques. Ces deux vices devraient en effet être examinés séparément, et selon des démarches différentes.

A l'époque classique, le Doyen Bonnard, surtout, a contribué à la systématisation de cette distinction (8).

L'illégalité des « motifs » stricto sensu, tiendrait alors essentiellement à l'absence dans l'acte des, ou d'une des justifications requises par sa nature et par la loi de compétence applicable. Selon l'expression de Bonnard, ce seraient ses « antécédents » qui pècheraient. Ainsi en irait-il d'une sanction disciplinaire que la faute alléguée de l'agent qui en est le destinataire ne saurait justifier, par exemple parce que cette faute n'existerait pas ou que les faits reprochés à l'intéressé ne peuvent être qualifiés de manquement à la discipline. Le détournement de pouvoir consisterait en revanche dans un vice qui atteint les intentions subjectives, les « mobiles », c'est-à-dire les buts de l'auteur de l'acte, ou encore, pour reprendre l'expression de Bonnard, « le résultat qu'il se propose d'atteindre par le moyen de l'effet de droit produit par l'acte ».

Il y a effectivement plusieurs approches différentes possibles dans l'analyse et dans l'examen contentieux des causes d'un acte entendues dans le sens large, et il est vrai que le contrôle des « motifs » et celui des « buts » n'aboutissent pas nécessairement au même résultat. Hauriou voyait justement le « véritable cas de détournement de pouvoir » dans l'hypothèse d'un acte qui repose sur des motifs de droit et de fait corrects, alors que les intentions incorrectes auraient guidé son auteur (9) ; de la même manière, d'ailleurs, ce n'est pas parce que l'acte repose sur des motifs inexacts qu'il est entaché, au sens de la jurisprudence, d'un « détournement de pouvoir » qui ne sanctionne en effet que les intentions de satisfaire à des intérêts autres que publics.

L'histoire de la jurisprudence administrative a cependant mis en évidence les imbrications profondes de ces deux approches qui ne sont

(8) Bonnard : « Précis de droit administratif » (éd. 1943), note sous C.E., 22 novembre 1929, Compagnie des mines de Siguiri, S. 1930.3.17 (notamment p. 18). — « Le pouvoir discrétionnaire des autorités administratives », R.D.P., 1923.367, note sous C.E., 11 janvier 1935, Gras, et C.E., 25 juin 1937, de la Raudière, R.D.P., 1938.138, sur la question, cf. notamment Vidal : « L'évolution du détournement de pouvoir dans la jurisprudence administrative », R.D.P., 1952.285.

(9) Hauriou, note sous C.E., 22 janvier 1926, Lefranc, S. 1926.3.25 et sous C.E., 17 janvier 1902, Favatier, S. 1903.3.97.

pas toujours faciles à distinguer, et qui font en réalité partie de la même démarche contentieuse, et nous préférons retenir ici a priori une conception large des motifs en tant que « raisons » d'émission de l'acte.

Le détournement de pouvoir ne peut d'ailleurs être considéré autrement que comme un vice des motifs de l'acte administratif. Les termes mêmes employés par les arrêts du Conseil d'Etat le montrent bien lorsqu'ils soulignent que tel acte est entaché de détournement de pouvoir pour avoir été pris pour un motif ou inspiré par une considération contraires à l'intérêt public, par exemple pour reposer sur des « motifs d'ordre politique étrangers à l'intérêt du service » (10), ou pour avoir comme « motif déterminant » d'obvier à une obligation légale telle que celle du respect dû à la chose jugée (11). Au fond, dans l'hypothèse du détournement de pouvoir, le Conseil d'Etat censure les raisons d'émission de l'acte de la même manière que lorsqu'il constate que n'importe quelle autre raison qui a été donnée à une décision est soit inexacte, soit étrangère à la loi de compétence. Dans les deux cas, ce que le juge recherche en effet avant tout, c'est moins si la mesure prise et qui lui est déférée est en tant que telle justifiée objectivement que si elle a été fondée et délibérée de façon satisfaisante par son auteur au regard des exigences du droit ; dans les deux cas, il reproche à l'acte d'avoir été mal élaboré, sans qu'il soit exclu, dans chacun de ces cas, que l'acte soit par ailleurs objectivement justifié. Et aussi bien, la censure du détournement de pouvoir rejoint-elle l'ensemble des procédés contentieux par lesquels le juge de l'excès de pouvoir s'assure que le titulaire de la compétence a bien usé de ses pouvoirs avec sérieux et sur la base d'une délibération suffisante de la nécessité et de la justification de l'acte qu'il se propose de prendre.

L'originalité du détournement de pouvoir tient alors à ce que cette forme de censure réproouve les motifs les plus grossièrement illégaux qui puissent inspirer une décision juridique administrative, ceux qui, selon la formule du Doyen Hauriou, ne seraient pas même « administratifs », ni « conformes aux buts de la fonction administrative » (12), ceux qui, comme l'écrivait Laferrière lui sont « complètement interdits comme étant en-dehors des attributions de l'administration » (13). Cela explique tout à la fois que ce vice ait pu être parfois assimilé à un « cas d'incompétence » (14), et que, d'autre part, il ait pu être admis par le Conseil d'Etat dans les années 1860, alors même que sa jurisprudence répugnait à vérifier de façon générale les causes et fondements des actes de l'administration. Pour reprendre encore la formule du Doyen de Toulouse, on pensait alors que « sans doute ce juge contentieux doit-il s'interdire l'appréciation des motifs des actes administratifs... mais encore faut-il que les motifs soient administratifs, et dans le détour-

(10) Cf. C.E., 26 octobre 1960, Rioux, Rec. 558, concl. Chardeau.

(11) Cf. C.E. (Ass.), 13 juillet 1962, Bréart de Boisanger, Rec. 484.

(12) Hauriou, note sous C.E., 16 novembre 1900, Maugras, S. 1901.3.57.

(13) Laferrière : « Traité de la Juridiction administrative », éd. 1896, tome 2, p. 548.

(14) Laferrière, *op. cit.*, *ibid.*

nement de pouvoir il s'agit de savoir si les motifs d'un acte sont administratifs, c'est-à-dire sont conformes aux buts de la fonction administrative » (15). Cela explique aussi en partie son déclin alors que désormais les exigences du juge quant aux motifs des actes administratifs ne se limitent plus à ce minimum de la directive d'intérêt public, mais portent sur la réalisation de conditions précises pour que l'acte soit légal. Si l'acte litigieux ne peut se prévaloir de la réalisation de ces conditions particulières, ou s'il n'a pu alléguer que des faits inexacts, il devient aussi bien à la limite superflu pour le juge de procéder à la recherche d'ailleurs difficile des motifs étrangers à l'intérêt public qui ont inspiré cet acte. En cela, on peut dire que le développement moderne du contentieux des motifs, par le renforcement de ses exigences, dépasse la censure des détournements de pouvoir, dont M. Goldenberg devait d'ailleurs souligner dans sa thèse qu'il en était comme le « dérivé » (16).

L'originalité du détournement de pouvoir tient surtout à ce qu'il censure des antécédents de l'acte qui sont particuliers par leur nature, en ce qu'ils se situent essentiellement au niveau des arrières-pensées de l'administrateur, et du tréfonds de sa volonté. Cela explique les problèmes de preuve spécifiques que connaît cette censure de l'acte, le juge ayant en effet été traditionnellement réticent à accueillir les allégations trop souvent excessives des requérants selon lesquelles l'acte qui les lèse n'a été pris que pour leur nuire, ou a été inspiré par des considérations politiques, et les victimes de tels détournements ayant effectivement du mal à établir ces intentions de l'agent public. Cela explique aussi que ce contrôle puisse paraître intervenir parfois comme une remise en cause du contrôle des « motifs » de l'acte. La censure du détournement de pouvoir peut en effet aboutir à une contestation non pas tant de la régularité que de la sincérité des considérations par lesquelles l'administration a officiellement motivé son acte, surtout lorsque ces motifs officiels ont fait l'objet d'une vérification juridictionnelle. Une sorte de dualisme s'instaure bien alors entre l'examen des « motifs » de l'acte, et celui de ses « buts », c'est-à-dire en fait entre d'une part le contrôle des justifications juridiques et matérielles qui lui ont été données par leur auteur, et « au nom desquelles » l'acte a été pris, et d'autre part le contrôle des arrières-pensées et buts profonds poursuivis par l'agent à travers l'émission de cet acte, et « pour lesquels » en quelque sorte cet acte a été pris ; on l'a dit plus haut, le résultat de ces deux formes d'examen peut différer. En cela, le détournement de pouvoir pose bien des problèmes particuliers puisqu'il peut aboutir à l'invalidation d'un acte qui paraissait pourtant bien fondé. Après avoir été la forme élémentaire du contrôle juridictionnel des motifs, le détournement de pouvoir en devient alors comme un raffinement.

On sera alors amené à préciser la place originale qu'occupe la théorie du détournement de pouvoir au sein du contentieux des motifs de l'acte

(15) Hauriou, note précitée, S. 1901.3.57.

(16) Goldenberg : « Le Conseil d'Etat, juge du fait », thèse, 1932, pp. 166 ss.

administratif. Avec lui, c'est bien cependant encore de motifs qu'il s'agit, et nous retiendrons aussi bien une conception large des « motifs » des actes dont le juge peut avoir à vérifier la correction, sans en dissocier a priori les « buts ». Dans tous les cas, il y a des causes qui ont concouru à l'émission de l'acte. Il s'agit de savoir si ces causes sont correctes, et quelles conséquences en tirer à l'égard de la validité de l'acte.

II. — L'ENJEU DU CONTROLE JURIDICTIONNEL DES MOTIFS DES ACTES ADMINISTRATIFS

On peut dire du contentieux des motifs qu'il met tout à la fois en jeu l'essentiel de l'autorité de la loi, et l'essentiel de l'indépendance de l'administration à l'égard du juge.

Il apparaît en effet que c'est par le régime légal de ses motifs que se définit le plus directement l'étendue du pouvoir de l'administration au titre de telle ou telle de ses compétences, de sorte qu'il ne peut être considéré qu'il y a un contrôle du respect de la loi par l'administration sans un contrôle des motifs de ses actes. D'autre part, le contrôle juridictionnel du respect par l'administration de ses obligations en matière de motifs se révèle pratiquement inséparable d'une emprise et d'une sorte de « tutelle contentieuse » sur l'action administrative, dont le degré, sinon le principe même, a fait l'objet de débats et de controverses classiques.

Aussi bien le contrôle juridictionnel des motifs se présente-t-il à la fois comme la garantie la plus décisive au principe de soumission de l'administration au droit, et comme l'instrument le plus délicat qui soit entre les mains du juge de l'excès de pouvoir dans sa tâche de censeur de l'action administrative.

Des diverses règles auxquelles le Droit soumet l'émission d'un acte administratif, c'est, en effet, incontestablement celle relative à ses possibles motifs qui détermine le plus concrètement le contenu plus ou moins vaste du champ d'action ouvert aux agents publics par chacune de leurs compétences.

La légalité d'un acte peut a priori être envisagée fondamentalement de quatre points de vue différents qui correspondent à autant d'interrogations juridiques spécifiques : il s'agit de savoir d'abord *qui* est le titulaire de la compétence, puis *comment* elle peut formellement être mise en œuvre, ensuite *ce qui* peut être édicté au titre de compétence, et enfin *pour quelles raisons* l'agent peut légalement user de ses pouvoirs. Cette dernière question est celle des motifs de l'acte à laquelle se rattache en fait, comme on l'a déjà vu, celle des « buts » susceptibles d'être « poursuivis » par l'auteur de la décision.

La doctrine moderne réagit avec raison contre une présentation de ces divers aspects de la légalité qui demeurerait trop statique ; suivant la formule de M. Dubisson, ils ne doivent pas « être mélangés pêle-

mêle dans une même classification » (17) dans la mesure où tous n'influencent pas également le régime juridique de la compétence en cause.

Parmi les classifications des éléments de la réglementation juridique de l'acte, la plus habituelle, la plus pratique aussi, est celle qui oppose les éléments de « légalité externe » à ceux de « légalité interne » (18).

La « légalité externe » porte sur ce que M. Dubisson appelle encore « le mode d'exercice du pouvoir » (19) et il s'agit des règles de compétence et de procédure. L'utilité de ces conditionnements n'est pas niable ; Hauriou par exemple avait déjà bien relevé que « les formalités constituent avec la détermination précise des compétences la principale condition d'ordre et de modération dans l'exercice du pouvoir administratif » (20) ; la jurisprudence du Conseil d'Etat attache aussi bien une grande importance à ce que ces règles soient dûment respectées par les agents publics. On verra d'autre part que la question des motifs de l'acte a d'importantes implications d'ordre formel, dont la plus décisive est naturellement celle de la motivation expresse des actes administratifs.

Néanmoins, en tant que tels, ces éléments de légalité externe demeurent sans prise directe sur l'étendue concrète du pouvoir administratif ; c'est d'ailleurs pourquoi le Conseil d'Etat a pu en pratiquer très tôt la vérification sans craindre, comme avec le contrôle des éléments de « légalité interne », de « s'immiscer » dans le contenu même de la manifestation de volonté administrative.

Le régime légal des motifs figure, lui, avec la règle d'objet au sein de la « légalité interne », c'est-à-dire qu'il a « trait au fond même du pouvoir » (21). Cela met déjà en lumière son importance. Sa portée doit cependant être précisée par rapport à celle de la règle d'objet.

Etudier l'objet possible des actes administratifs, c'est en définitive faire simplement l'inventaire des dispositifs susceptibles d'être édictés au titre de telle ou telle compétence. Cette règle fournit évidemment une donnée fondamentale du contenu de cette compétence ; pour autant elle est loin d'épuiser l'interrogation du juriste quant à l'étendue du pouvoir normatif dont dispose l'agent public. En réalité, il est évident que pour un même dispositif légal en soi l'étendue du pouvoir administratif peut être extrêmement variable justement en fonction du régime de ses motifs. Ainsi, l'essentiel n'est pas de savoir que telle autorité pouvait bien accorder telle faveur fiscale aux administrés ; une telle connaissance demeure en fait d'ordre abstrait tant qu'on n'aura pas précisé les raisons au nom desquelles seules il sera permis à l'agent d'ac-

(17) Dubisson : « La distinction de la légalité et de l'opportunité dans la théorie du recours pour excès de pouvoir », thèse, 1955, p. 65.

(18) Cf. Gazier, art. précité, E.D.C.E., 1951, p. 77, et Auby et Drago.

(19) Dubisson, *op. cit.*, p. 77.

(20) Hauriou : « Précis de droit administratif », 4^e éd. (1901), cité par Isaac : « La procédure administrative non contentieuse », 1968, p. 74.

(21) Dubisson, *op. cit.*, p. 77.

corder ou de refuser cette faveur. Ce pouvoir administratif sera en effet considérable et sa limitation par la règle d'objet de peu de portée effective si ces possibles motifs d'intervention sont vagues et nombreux ; en revanche, une définition rigoureuse de ces conditions aura pour effet de cantonner le pouvoir administratif dans des limites précises.

Sans doute, les mesures qui, tels la plupart des décrets ou arrêtés réglementaires qui organisent une compétence, précisent les modalités d'application d'une loi, ou définissent eux-mêmes un statut général, ne relèvent que très marginalement d'un contrôle de leurs motifs. Le seul contentieux auquel ils puissent donner lieu quant à leur régularité interne sera pratiquement celui du respect des bornes de l'habilitation légale qui les fonde. Mais, participant eux-mêmes, à l'ombre d'un texte supérieur, à la définition des compétences administratives et à l'énoncé des droits et obligations des personnes, il n'est généralement pas attendu d'eux qu'ils n'interviennent qu'au vu de certains motifs définis. Au contrôle juridictionnel de la légitimité de leur contenu, le juge se bornera aussi bien en pratique à adjoindre exceptionnellement une censure de leurs motivations entachées de détournement de pouvoir (comme ce fut le cas en 1962 dans l'affaire Bréart de Boisanger) (22).

Le terrain d'élection du contentieux des motifs comporte pour autant l'essentiel de l'action administrative, c'est-à-dire tous les actes par lesquels l'autorité exécutive, remplissant sa mission fondamentale, applique un pouvoir et une compétence qui lui ont été donnés, à un cas particulier, que ce soit d'ailleurs par voie d'acte individuel (comme c'est le plus fréquent), ou par voie d'actes à portée plus générale, qui tels les règlements de police n'en visent pas moins des situations particulières.

Il n'est pas même excessif de dire que ces compétences administratives n'acquièrent le plus souvent de véritables significations que par les motifs qui sont susceptibles de justifier leur mise en œuvre. Un pouvoir de police, par exemple, se définit littéralement par la notion de menace de trouble à l'ordre public qui en constitue le motif légal, tout comme le pouvoir disciplinaire n'existe que par la fonction de répression qui lui est assignée, et donc par les fautes qui seules peuvent en motiver l'usage.

Dans tout système de droit, la première question est ainsi celle du régime des motifs que connaissent les diverses compétences administratives. Dans un Etat de droit dont les fondements sont éminemment d'inspiration libérale, cette question prend en outre une valeur particulière. L'intervention de l'Etat a certes toujours été considérée comme nécessaire, et depuis trente ans cette intervention s'est même incontestablement enrichie de légitimités nouvelles. La protection des droits et le respect dû aux libres activités des particuliers n'en appellent pas moins une définition spécialement rigoureuse des « raisons » susceptibles de bien-fonder les divers actes juridiques administratifs.

(22) C.E. (Ass.), 13 juillet 1962, Bréart de Boisanger, Rec. 484.

Or, si de ce fait la sanction contentieuse des règles relatives aux motifs de l'acte apparaît comme normale et même comme particulièrement nécessaire, il apparaît que pour autant cette vérification se révèle extrêmement délicate à mettre en œuvre. En effet, le juge ne pourra manquer d'y dépasser le rôle strict de garant des stipulations textuelles du droit. En fait, l'exercice du contrôle juridictionnel des motifs est indissolublement lié à une participation du juge à la définition du régime de ces motifs, et donc à la définition même de l'étendue du pouvoir administratif.

Sans doute ne s'agit-il pas là du privilège exclusif de l'examen juridictionnel des motifs. Le Conseil d'Etat a été ainsi amené à dégager d'importants principes généraux de droit en matière de procédure administrative non contentieuse.

L'intervention prétorienne du juge dans le régime des motifs de l'acte a cependant cette originalité d'y être particulièrement inévitable, et d'avoir de par son objet des implications spécialement décisives sur la nature du pouvoir normatif de l'Administration.

C'est ainsi par exemple que la détermination des conditions susceptibles de fonder légalement la mise en œuvre de telle ou telle compétence appellera souvent de délicates interprétations des textes qui conduiront le juge à opter pour une conception plus ou moins large des pouvoirs de l'Administration. On peut prendre plus spécialement pour exemple le cas d'une compétence que la loi n'aurait assortie d'aucune condition de fond précise mais qui confère en réalité une prérogative tout à fait nouvelle et exorbitante à l'Administration : du silence de la loi le juge devra-t-il déduire une totale liberté administrative dans la mise en œuvre de sa compétence ? ou au contraire rechercher dans l'« esprit » général de la loi et dans son contexte des limitations implicites au choix par l'agent des motifs de son intervention juridique ?

Ne doit-on pas non plus considérer qu'il y aurait en tout état de cause des limites « rationnelles » à l'éventuelle liberté que la loi paraît parfois conférer à l'Administration dans l'élaboration des motifs de ses actes, et, par exemple, que cette liberté ne saurait l'autoriser à se décider sans motif, c'est-à-dire par « pur caprice », ou encore à se déterminer sur la base de motifs qui seraient matériellement inexacts ou qui méconnaîtraient l'intérêt général ? Ce sera au juge de le dire.

L'examen de la justesse des motifs de fait de l'acte fournit surtout au juge de l'excès de pouvoir l'occasion de préciser la nature et le degré de l'autorité qu'il se reconnaît par rapport à l'Administration active. On a pu, en effet, se demander s'il convenait toujours que le juge vérifiât la portée attribuée par l'agent aux faits de l'espèce traitée. Les qualifications et appréciations que la loi demande à l'Administration de porter sur les faits sont parfois subtiles et complexes. Le juge est-il ainsi en mesure de vérifier efficacement si telle mesure de police est bien appropriée à l'importance de la menace qu'elle visait à prévenir ? ou si l'intérêt de la santé publique justifiait vraiment le retrait de tel visa de spécialité pharmaceutique ? La nécessaire souplesse de l'action administrative n'appelle-t-elle pas plus généralement

que le juge s'abstienne de superviser la portée précise attribuée par l'Administration à certains faits — on songe par exemple à l'absence d'intérêt économique qu'elle invoquerait pour refuser une faveur fiscale ? Tel est le problème de la marge de pouvoir discrétionnaire qu'il convient ou non de reconnaître aux autorités administratives. Là encore, la solution est pour chaque cas pratiquement entre les mains du juge qui dispose ainsi du moyen de soumettre l'action administrative à une vérification plus ou moins rigoureuse.

Enfin, la mise en œuvre même de l'examen juridictionnel des motifs place inévitablement le juge en face d'une multitude d'hypothèses souvent complexes et que le droit n'a pu prévoir : ainsi, le juge pourra-t-il contraindre l'Administration à lui fournir les motifs de ses actes quand bien même le droit écrit n'en prescrirait pas la motivation expresse ? Devra-t-il annuler un acte que son auteur a mal fondé, mais que d'autres motifs auraient fort bien pu justifier ? ou l'acte qui repose à la fois sur des motifs corrects et sur des considérations erronées ? Quelle présomption d'exactitude pourra-t-il accorder aux motifs de l'acte dont le requérant se bornerait à contester l'exactitude matérielle sans être en mesure de la démontrer rigoureusement ? Il y a là encore autant d'occasions pour le juge de soumettre le régime d'émission de l'acte à des prescriptions plus ou moins sévères et à une discipline plus ou moins contraignante.

Ces liens du régime contentieux des motifs de l'acte administratif avec la conception même que le juge peut se faire de son propre rôle de « contrôleur » de l'Administration expliquent, aussi bien, l'histoire mouvementée de l'installation de ce contentieux des motifs dans notre régime de l'excès de pouvoir.

En fait, il est même frappant de constater que la progression de l'emprise du juge sur les motifs de l'acte a suivi et accompagné la progression même de la conquête de son autorité de censeur de l'action administrative.

III. — LA FORMATION HISTORIQUE DU REGIME CONTENTIEUX DES MOTIFS DES ACTES ADMINISTRATIFS

Historiquement, le contrôle de la régularité de l'acte administratif par le Conseil d'Etat a immédiatement soulevé la question de l'examen de ses motifs.

Néanmoins, ce n'est que très progressivement et même très tardivement que cet examen des motifs a atteint son ampleur contemporaine.

Au siècle dernier, notre régime administratif accumulait les obstacles et les objections à un contrôle approfondi voire simplement à un quelconque examen des motifs de l'acte (A).

En fait, c'est seulement depuis les années 1900 le Conseil d'Etat a concrétisé son autorité de censeur de l'Administration par la mise en

œuvre d'un contrôle systématique du « bien-fondé » des actes administratifs (B).

A) Tout au long du XIX^e siècle, le juge a ainsi généralement refusé l'invitation des requérants à examiner le point de savoir si l'émission de l'acte qu'ils lui déféraient, se trouvait ou non justifiée par ses motifs ; ou, lorsqu'exceptionnellement il l'a acceptée ce ne fut jamais que de façon limitée et réservée.

Cette répugnance, on pourrait presque dire cette « pudeur », du juge devant les motifs de l'acte ont été parfois dénoncées par les contemporains. Aucoc s'en étonnait par exemple en 1863 : « Si le préfet néglige d'observer les formes dont le législateur a entouré l'exercice du pouvoir du préfet, vous admettez, disait-il à l'adresse du juge, qu'il y a recours pour excès de pouvoir. Et ici, quand le législateur ne s'est pas borné à indiquer des formes à suivre, quand il a établi au fond des limites à l'exercice du pouvoir du préfet, vous ne seriez plus compétent ! » (23).

En réalité, si le Conseil d'Etat s'est ainsi longtemps montré réticent à examiner la justesse et la valeur des motifs de l'acte, ce fut essentiellement par crainte d'entreprendre sur ce qu'on estimait alors être les prérogatives propres de l'autorité administrative.

Il faut, en effet, se rappeler la très grande discrétion de l'introduction du contrôle d'excès de pouvoir dans notre régime administratif au début du XIX^e siècle, alors que le Conseil d'Etat n'exerçait encore qu'une « justice retenue » sous le contrôle direct du Chef de l'Etat (24).

A cette époque, la répugnance du juge administratif à connaître des motifs de l'acte a été justement liée à la conception très restrictive qu'il se faisait alors de son rôle de censeur juridictionnel et à sa volonté de reconnaître la plus large autonomie au pouvoir exécutif dans l'exercice de ses compétences normatives.

La plus grande partie de l'action administrative, en pratique, l'essentiel, fut originellement considérée en effet comme relevant de la « pure administration » dans laquelle un juge n'avait pas à s'immiscer (25). On invoquait alors la règle de séparation entre le pouvoir exécutif et le pouvoir judiciaire, en ajoutant volontiers que d'une certaine façon « juger l'administration, c'est encore administrer » (26).

Le « recours pour excès de pouvoir » fut alors littéralement inventé par le Conseil d'Etat à l'époque du Premier Empire pour censurer

(23) Aucoc, concl. sous C.E., 13 mars 1867, Bizet, Rec. 276.

(24) Cf. Landon : « Le recours pour excès de pouvoir sous le régime de la justice retenue », thèse, 1942. Laferrière : « Traité de la juridiction administrative », éd. 1896, t. II, pp. 398 ss. — Sandevor : « Etudes sur le recours de pleine juridiction », thèse, 1964. — Cf. aussi Aucoc : « Conférences sur l'Administration et le droit administratif », éd. 1869, t. I, pp. 391 ss., et Alibert : « Le contrôle juridictionnel de l'Administration au moyen du recours pour excès de pouvoir », pp. 37-44.

(25) Cf. Landon, *op. cit.* — Lampué : « Le développement historique du recours pour excès de pouvoir depuis ses origines jusqu'au début du XX^e siècle », *Rev. Int. des Sciences adm.*, 1954, p. 359.

(26) Cf. Sandevor, *op. cit.*, p. 285.

au moins les irrégularités les plus grossières et les plus inacceptables qu'auraient commises les agents publics dans l'exercice de leurs pouvoirs de décision. M. Landon évoque ainsi la « théorie du scandale » qui aurait présidé à la naissance du recours pour excès de pouvoir (27).

Le Conseil d'Etat devait justement prendre soin de conserver au recours pour excès de pouvoir ce caractère de « contentieux palliatif », comme dit encore M. Sandevor (28). Ses conditions de recevabilité furent aussitôt définies de façon très restrictive, surtout celle tirée de l'exception de recours parallèle ; il fut également posé en principe qu'au titre de l'excès de pouvoir le juge ne pourrait qu'annuler l'acte illégal mais non point par exemple le refaire ou le modifier.

Cette conception très prudente de son rôle par le juge de l'excès de pouvoir se traduisit surtout justement par sa répugnance à examiner et à critiquer le fond même de l'acte, et singulièrement les motifs sur lesquels les agents publics avaient pu fonder leurs décisions. N'était-ce pas le moyen le plus sûr pour réserver la plus large indépendance au pouvoir exécutif ?

a) Jusque dans les années 1850, l'autonomie de l'Administration vis-à-vis du juge devait même être entendue de manière particulièrement extensive, le Conseil d'Etat limitant alors son examen de l'acte à ce que nous appelons aujourd'hui sa « légalité externe » : dès le début du siècle le juge accepta bien de censurer l'incompétence de l'auteur de l'acte (29) ; à l'époque de la Monarchie de Juillet, il y ajouta la vérification du respect par l'Administration des règles légales de forme et de procédure. Mais il se refusait par principe à tout examen de fond des décisions administratives.

Dans un tel contexte, il ne pouvait guère être question d'un contrôle des motifs.

Certes, les implications de fond de la notion de compétence ont permis au Conseil d'Etat de connaître parfois par le biais, dès cette époque, des raisons d'émission de certains actes administratifs. Laferrière avait ainsi relevé ces hypothèses où la compétence même de l'agent se trouve subordonnée « aux conditions dans lesquelles elle s'accomplit » (30) ; dans ces hypothèses de « compétence conditionnelle », comme disait encore Laferrière, le juge pouvait effectivement être amené à examiner la nature des motifs retenus par l'agent pour déterminer s'il était ou non compétent dans l'affaire en cause ; un arrêt de 1821 relève par exemple à propos d'un règlement d'eaux « qu'il n'a été allégué aucun motif d'intérêt public pour changer cet état des lieux » et que, dès lors, « le Ministre n'était pas compétent pour y apporter des changements dans un

(27) Landon, *op. cit.*, pp. 19-20.

(28) Sandevor, *op. cit.*, p. 285.

(29) Cf. par ex. C.E., 28 mars 1807, Dupuy-Briace, cité in Laferrière, *op. cit.*, t. II, p. 407.

(30) Laferrière, *op. cit.*, t. II, p. 518.

intérêt purement privé » (31) ; pour de tels motifs, seuls les tribunaux judiciaires auraient, en effet, pu statuer.

Dans le même esprit, M. Landon a d'autre part observé dans sa thèse que « la plasticité extrême des expressions « compétence », « compétent », « il appartient », avait occasionnellement permis au juge de déborder du cadre strict de l'incompétence de l'auteur de l'acte attaqué » (32). Laferrière avait aussi bien déjà noté que « le Conseil d'Etat, à l'époque où il se renfermait dans la stricte application de la loi des 16-24 août 1790, a plus d'une fois annulé pour incompétence — et en réalité pour détournement de pouvoir — des actes dont les motifs et les mobiles plaçaient l'administration en-dehors de ses attributions légales » (33).

Il ne pouvait cependant s'agir là que d'une emprise très indirecte et très limitée du juge de l'excès de pouvoir sur les motifs de l'acte.

Le principe général, conséquence logique du refus du juge de connaître du fond de l'acte, demeura celui de l'incontestabilité des motifs par la voie du recours pour excès de pouvoir. L'arrêt Buhot et de Sesmaisons de 1841 fournit justement une illustration particulièrement nette de cette incontestabilité : le Conseil y relève tout d'abord que « le préfet était (bien) compétent pour classer comme vicinal le chemin de Saint-Gilles » ; dès lors, poursuit l'arrêt, même « si c'est à tort qu'il a compris sur l'état des chemins vicinaux la portion (litigieuse) qui aurait fait partie du chemin de Flamanville, cette erreur ne saurait constituer un excès de pouvoir » (34) ; il ne restait plus au requérant qu'à entreprendre alors une démarche auprès de l'Administration active elle-même pour tenter de lui faire rectifier l'erreur de fait qu'elle avait pu commettre.

b) L'époque du Second Empire marqua, il est vrai, un premier progrès vers l'introduction d'un véritable examen juridictionnel des motifs de l'acte.

En doctrine, on n'a d'ailleurs pas manqué de relever que le régime de Napoléon III avait constitué « la grande époque du recours pour excès de pouvoir » (35). Le contexte de cette évolution a souvent été décrit : décret du 2 novembre 1864 qui dispense de ministère d'avocat les recours pour excès de pouvoir, ce qui incite dès lors le Conseil d'Etat « à faire entrer le plus de recours possible » dans cette catégorie (36) ; souci de rationalisation de l'action administrative ; volonté gouvernementale, enfin de satisfaire aux plaintes des particuliers, tant il est vrai, comme aimait à le dire Aucoc, que « les griefs les plus minimes

(31) C.E., 30 mai 1821, Gay-Lugny, Rec. 607. Cf. aussi C.E., 25 mai 1811, Outin, cité par Laferrière, *op. cit.*, t. II, p. 407 (note 1).

(32) Landon, *op. cit.*, p. 42. — Voir aussi Goy : « Eléments psychologiques de l'acte juridique en droit français », t. II, p. 549.

(33) Laferrière, Traité précité, t. 2, p. 549.

(34) C.E., 7 avril 1841, Buhot et de Sesmaisons, Rec. 143.

(35) Landon, *op. cit.*, p. 93.

(36) Alibert, *op. cit.*, p. 39. Cf. aussi Laferrière, *op. cit.*, t. II, p. 398.

peuvent, en se multipliant, amener de graves mécontentements », de sorte que le recours pour excès de pouvoir jouerait un peu le rôle d'une « soupape de sûreté toujours ouverte » (37).

Sur le plan de la technique même du contentieux, le Second Empire est marqué par l'introduction de deux « ouvertures » nouvelles qui faciliteront l'admission ultérieure d'un contrôle généralisé des motifs de l'acte. Ces deux « ouvertures », dans tous les sens du terme, sont celles de la « violation de la loi » et celle du « détournement de pouvoir ».

A l'époque du Second Empire, le contentieux des motifs connaît en effet une impulsion décisive avec l'admission d'une critique par le requérant de la « violation de la loi » par le contenu même de l'acte administratif.

Le juge donna rapidement une très grande ampleur à cette censure. M. Landon remarque par exemple dans cette perspective que par ce nouveau cas d'ouverture le Conseil d'Etat en vient à sanctionner non seulement « les lois formelles », mais encore « les arrêts du Conseil du Roi, les Décrets et Ordonnances..., les usages locaux, les principes..., l'acte individuel créateur de droit..., et jusqu'à la chose jugée en droit » (38).

La « violation de la loi » connut surtout une grande ampleur parce que, comme l'a noté Laferrière, « elle s'étend dans certains cas à la fausse application de la loi et à sa fausse interprétation » (39) : en effet, par l'intermédiaire de l'ouverture de la « violation de la loi », le juge fut inévitablement conduit à s'interroger non pas simplement sur la légalité du dispositif, mais encore sur celle des motifs de l'acte attaqué.

Déjà, en 1863, on voit le Conseil d'Etat faire une très nette allusion à la correction des motifs d'un acte en constatant que la décision ministérielle qui lui était déférée avait bien été « rendue dans les formes, et ajoutait l'arrêt, dans le cas prévu par l'Ordonnance royale » (40).

Cet examen des motifs de l'acte est plus frappant encore dans l'arrêt Bizet rendu le 13 mars 1867 sur les conclusions d'Aucoc (41) : il s'agissait dans cette affaire de savoir si l'Administration avait valablement pu refuser un permis de chasse au requérant. Le Conseil d'Etat devait rejeter la requête, mais sur la base d'un examen du bien-fondé de ce refus : il analysait en effet attentivement la situation du sieur Bizet pour conclure qu'en raison de la condamnation correctionnelle dont il avait fait l'objet, il « était (bien) compris dans la catégorie des individus auxquels le permis de chasse pouvait être refusé ».

(37) Aucoc : « Conférences sur l'Administration », éd. 1869, t. I, p. 394. Voir aussi ses concl. précitées sous C.E., 13 mars 1867, Bizet, Rec. 278, et « Le Conseil d'Etat, avant et après 1789 ».

(38) Landon, *op. cit.*, p. 134.

(39) Laferrière, *op. cit.*, t. II, p. 532.

(40) C.E., 27 mai 1863, Fabrique de Blensasque, Rec. 458.

(41) C.E., 13 mars 1867, Bizet, Rec. 276, concl. Aucoc.

A partir de ces arrêts, d'autres décisions contentieuses utiliseront également et de façon de plus en plus explicite l'ouverture de la violation de la loi pour vérifier la justesse des motifs de l'acte : dans les années 1870, le Conseil d'Etat fut amené à constater que telle mesure qui lui avait été déférée n'était fondée sur « aucune des causes déterminées par la loi », et avait donc été rendue « en violation de (cette) loi » (42).

A cette époque même du Second Empire, le contentieux des motifs connaît également une impulsion décisive avec l'admission de l'ouverture du détournement de pouvoir que l'arrêt Lesbats consacre en 1864 (43). Alors même que la compétence administrative en causa paraîtrait conférer à l'agent une totale liberté, le Conseil d'Etat accepte en effet de censurer au moins l'acte pris à ce titre mais à des fins qui déborderaient manifestement son habilitation d'agent public, c'est-à-dire, selon la formule de Laferrière « l'illégalité qui résulte de ce que l'administrateur poursuit un but qu'il n'a pas le droit de poursuivre par les moyens qu'il emploie, ou qui lui est même complètement interdit comme étant en dehors des attributions de l'administration » (44).

La portée de cette censure demeure certes relativement limitée dans la mesure où elle n'atteint que les « motifs » les plus grossièrement illégaux qui ont pu déterminer l'auteur de l'acte à user de sa compétence. Dans ses conclusions à l'affaire Lesbats, le commissaire du Gouvernement L'Hopital la présentait bien d'ailleurs comme le point de rupture de l'extrême liberté habituellement reconnue à l'Administration dans la mise en œuvre de ses compétences.

En outre, et comme pour bien en montrer le caractère exceptionnel, l'ouverture du détournement de pouvoir fut immédiatement assortie de conditions de mise en œuvre très sévère : difficultés de preuve, le détournement de pouvoir devant originellement ressortir des termes mêmes de l'acte attaqué, ou en tout cas des pièces du dossier de l'affaire ; exigence que la considération viciée ait été la seule ou en tout cas la principale qui ait été retenue par l'auteur de l'acte.

L'institution et les premiers développements de l'ouverture du détournement de pouvoir n'en ont pas moins revêtu une très grande importance dans l'histoire de notre contentieux des motifs.

Même modeste, même limitée en portée, elle constitua la première participation active du juge à la définition du régime juridique du bien-fondé des actes administratifs. Par elle, il est reconnu, et de façon

(42) Cf. C.E., 6 février 1864, Honnau, Rec. 119 (à propos d'une atteinte au grade d'officier) et aussi : C.E., 12 janvier 1877, Weiss, Rec. 54 (retrait d'un décret conférant la médaille militaire). — C.E., 11 juillet 1873, Pillot, Rec. 635. — C.E., 30 mai 1873, Burgues, Rec. 491. — C.E., 12 nov. 1865, Maréchal, Rec. (retrait de la Légion d'Honneur). — C.E., 14 avril 1864, Laville, Rec. 339 (à propos de l'application de la loi du 5 juillet 1840 excluant des produits brevetables, « les compositions pharmaceutiques ou remèdes »).

(43) C.E., 25 février 1864, Lesbats, Rec. 209, concl. L'Hopital, S. 1864.2.307, conclusions L'Hopital. — Cf. Laferrière, *Traité précité*, tome 2, p. 548, — Aucoc, *Conférences précitées*, tome 1, pp. 531 ss. — Goy, *thèse précitée*, tome 2, pp. 547 ss.

(44) Laferrière, *Traité précité*, tome 2, p. 548.

prétorienne par le Conseil d'Etat, que la compétence de l'Administration est implicitement limitée dans sa mise en œuvre par l'esprit général de notre système juridique. Comme le soulignera plus tard Hauriou, « l'institution du détournement de pouvoir paraît signifier clairement que le Droit Administratif considère le fonctionnement de l'Administration comme dominé par l'idée d'une fonction à remplir » (45).

On verra justement comment le juge approfondira plus tard cette méthode au service d'un cantonnement plus rigoureux et plus précis encore des compétences administratives, « forçant » en cela le silence et le laxisme apparent de la loi quant aux conditions admissibles de sa mise en œuvre.

En dépit de ces premiers progrès que viendra consolider en 1872 le passage de la « justice retenue » à la « justice déléguée », le contentieux des motifs demeura encore très limité dans toute la seconde moitié du XIX^e siècle.

Après le coup d'envoi que vient de lui donner l'élargissement du recours pour excès de pouvoir, on peut même dire qu'il végète.

Trois obstacles essentiels continuent, en effet, d'entraver son essor :

1) Ces obstacles sont tout d'abord d'ordre procédural. L'ouverture de la violation de la loi ne peut ainsi être mise en œuvre que si le requérant justifie en outre de la méconnaissance d'un droit. Aussi bien l'examen des motifs ne peut-il lui-même se développer que dans les hypothèses privilégiées où se trouvent par exemple en cause le droit de propriété, la liberté du commerce et de l'industrie, ou en tout cas un droit préalablement acquis (46) ; comme on l'a déjà évoqué, le Conseil d'Etat est d'autre part réticent à l'égard de la critique du détournement de pouvoir : c'est entièrement au requérant qu'il revient de démontrer la survenance de ce but vicié que les agents publics ont pour leur part pris généralement soin de bien cacher (47).

2) Le second obstacle, le plus considérable en pratique tient à la doctrine alors dominante suivant laquelle le juge de l'excès de pouvoir ne saurait être « juge du fait » : toute constatation ou appréciation des faits prévus par la loi de compétence comme condition de sa mise en œuvre devaient donc échapper à la supervision juridictionnelle.

Dans ses conclusions à l'affaire Estienne, en 1863, le commissaire du Gouvernement L'Hopital déniait ainsi au Conseil d'Etat la possibilité d'apprécier la réelle survenance d'un péril imminent dont le requérant contestait l'existence (48). Le contrôle des motifs, qui appelle justement presque toujours un examen des faits de l'espèce, devait s'en trouver radicalement hypothéqué.

(45) Hauriou, note précitée sous C.E., 16 novembre 1900, Maugras, S. 1901.3.57.

(46) Cf. L. Imbert : « L'évolution du recours pour excès de pouvoir 1872-1900 », 1952.

(47) V. Lemasurier : « La preuve du détournement de pouvoir », R.D.P., 1959, pp. 36 ss.

(48) Concl. L'Hopital, sous C.E., 27 mai 1863, Estienne, Rec. 451.

Les raisons alléguées à l'appui de ce qu'on formulait volontiers sous la forme d'un principe étaient en pratique assez variées.

On invoquait par exemple la moindre importance des questions de fait ; on prétendait surtout que cet examen des faits ferait perdre au contrôle du juge de l'excès de pouvoir son caractère « juridique » (49) ; il était également courant de voir la doctrine assimiler le recours pour excès de pouvoir à une espèce de recours en cassation lequel, en droit judiciaire, exclut justement la vérification des faits pris en considération par les premiers juges (50).

M. Goy a bien montré dans sa thèse de doctorat comment cette abstention de principe du juge de l'excès de pouvoir devant les « faits » s'expliquait en réalité davantage par des « raisons pratiques » qu'elle ne se justifiait par des arguments de droit (51) ; Romieu le mettra plus tard en évidence : « La violation de la loi entraîne la plupart du temps, dira-t-il en 1906, l'appréciation des circonstances de fait dont la légalité de l'acte peut dépendre » (52).

Cette légitimité de l'examen des faits par le juge nous est aujourd'hui devenue familière. Il est néanmoins possible de comprendre pourquoi historiquement il a pu s'agir là d'une barrière au développement de l'examen contentieux des motifs de l'acte administratif. Dans la seconde moitié du XIX^e siècle, le Conseil d'Etat finit par assigner avec ses nouvelles ouvertures une fonction bien plus large que précédemment au recours pour excès de pouvoir ; il y voit non plus simplement un « palliatif » à la « pure administration », mais peu à peu l'instrument de vérification du respect par l'Administration de ses obligations légales. L'autorité encore incertaine dont il jouit par rapport à l'autorité administrative devait cependant le conduire à conserver la plus grande modération à l'exercice de ce nouveau contrôle : les restrictions au régime de la preuve du détournement de pouvoir, les limitations à la recevabilité du moyen tiré de la violation de la loi en sont les premiers témoignages. La réserve du juge vis-à-vis des « faits » a probablement eu la même signification, leur contrôle appelant d'ailleurs parfois des investigations délicates qu'il pouvait dès lors hésiter à entreprendre.

Pour autant, le Conseil d'Etat fut en pratique constamment tenté, tout au long de la seconde moitié du XIX^e siècle, de procéder à un examen des faits à l'appui et en prolongement de l'ouverture pour violation de la loi ; il devait même quelquefois céder à cette tentation. Comme l'a remarqué Laferrière, « le Conseil d'Etat s'est souvent reconnu le droit de rechercher si les faits servant de base à la décision avaient

(49) Cf. par ex. Laferrière qui oppose le contentieux de pleine juridiction au contentieux de l'annulation « sur lequel, disait-il, la juridiction administrative ne se prononce qu'en droit », *op. cit.*, t. I, p. XVIII.

(50) Par ex. Vivien : « Etudes Administratives » (1859), t. 1, p. 157. — Cormenin : « Droit administratif » (6^e éd.), t. 1, p. 28, et aussi Laferrière, *Traité précité*, t. 2, p. 362. — Voir à ce sujet, Goldenberg : « Le Conseil d'Etat juge de fait », thèse, 1932, pp. 122 ss., et Goy, *op. cit.*, t. I, pp. 122 ss.

(51) Goy, *op. cit.*, t. I, p. 139.

(52) Romieu, concl. sous C.E., 30 novembre 1906, Jacquin et autres, Rec. 880.

été correctement définis d'un point de vue juridique et de vérifier dans ce but l'existence et la nature de ces faits » (53). On peut ainsi citer divers cas de cet examen juridictionnel des faits, par exemple en matière de délimitation du domaine public (54), en matière d'alignement (55), ou à propos de distances devant légalement séparer les cimetières des agglomérations (56).

Certains arrêts audacieux de la fin du Second Empire étaient même allés jusqu'à censurer directement une erreur de fait commise par l'auteur de l'acte en dehors de tout rattachement de cette erreur aux conditions posées par le droit (57) ; les auteurs ne manquèrent pas de voir dans ces audaces la manifestation d'un certain « relâchement de la doctrine juridique » (58).

En revanche, à la fin du XIX^e siècle, et même encore au début du XX^e, on assiste à un incontestable retour en force du vieux principe suivant lequel le juge de l'excès de pouvoir ne serait pas « juge du fait ». L'arrêt Hubersen de 1910 relève par exemple que « l'unique grief soulevé par la requête... est tiré de ce que la décision (attaquée) contiendrait une erreur de fait » ; or, ajoute l'arrêt, « même en la tenant pour établie, cette erreur ne saurait constituer un excès de pouvoir ou une violation de la loi » (59). On se croirait revenu à l'arrêt de Sesmaisons de 1841 (60).

A cette même époque, il n'est d'ailleurs pas rare de voir le Conseil opposer une réserve de principe non pas seulement aux « faits » mais encore aux « motifs » de l'acte, ce terme de « motifs » servant alors de repoussoir à la compétence au fond du juge de l'excès de pouvoir, lorsqu'il en estime le contrôle inconciliable avec le principe du « pouvoir discrétionnaire » administratif.

3) Le troisième obstacle à l'essor d'un contentieux des motifs tient en effet à la persistance tout au long du XIX^e siècle d'une doctrine très tenace qui est celle de la « pure administration » et des « actes discrétionnaires ».

Certes, les premières ouvertures du recours pour excès de pouvoir ont porté un coup sérieux à ces hypothèses jadis décrites par Vivien où l'on se plaisait à considérer que « les lois et règlements s'en sont en-

(53) Laferrière, *op. cit.*, t. II, p. 532.

(54) C.E., 27 mai 1863, Drillet de Lanigou, Rec. 471, concl. L'Hopital. — C.E., 29 juillet 1881, Duval, Rec. 737 (cet arrêt ordonne même qu'il sera procédé avant-dire droit à une visite des lieux).

(55) C.E., 23 janvier 1885, Dame Vve Bidault, Rec. 69. — C.E., 25 juillet 1890, Auscher, Rec. 719.

(56) C.E., 28 mai 1866, Blondeau, Rec. 519. — C.E., 2 juillet 1875, Olivier, Rec. 645. Cf. Laferrière, *op. cit.*, t. II, p. 539.

(57) C.E., 24 février 1870, Clauzel, Rec. 168. — C.E., 5 juillet 1870, Commune des Lillas, Rec. 868. — Cf. aussi C.E., 8 août 1865, Maréchal, Rec. 758.

(58) Laferrière, *op. cit.*, t. II, p. 412.

(59) C.E., 18 mars 1910, Hubersen, Rec. 259. — Cf. aussi C.E., 7 août 1891, Audebielle, S. 1893.3.100. — C.E., 23 février 1906, Delles Abadie, Rec. 192. — C.E., 17 novembre 1911, D'Jabri el Hadj, Doussen, Rec. 1048 (« qu'il se borne à contester les faits qui ont motivé sa mise à la retraite »).

(60) Cf. *supra*, note 34.

tièrement rapportés à la sagesse et à l'impartialité » de l'Administration (61). Depuis l'admission de l'ouverture du détournement de pouvoir à l'époque du Second Empire, l'ancienne « pure administration » a ainsi connu un commencement certain de déclin et le terme même en est de moins en moins utilisé à la fin du siècle.

Mais il n'est pas moins vrai qu'aux yeux du juge, le conditionnement et le contrôle de fond de l'acte sont toujours considérés comme des exceptions, tandis que la liberté d'action de l'Administration demeure le principe. Le renversement de cette perspective sera l'œuvre du XX^e siècle ; pour l'instant, le contentieux conserve un préjugé favorable à la reconnaissance d'un pouvoir administratif de libre appréciation des modalités de son action.

C'est ainsi que du silence des termes de la loi le Conseil d'Etat déduit trop souvent une totale liberté administrative dans le choix des motifs possibles de ses actes. En 1879, par exemple, dans l'arrêt de Laage, il se bornait à constater que la loi ne limitait en aucune façon les cas de révocation des délégués cantonaux à la surveillance des écoles primaires ; dans ces conditions, ajoutait-il, « les délégués peuvent toujours être remplacés... quelles que soient les causes pour lesquelles le Conseil croit devoir procéder à des nominations nouvelles » (62). L'irrecevabilité du moyen tiré de la fausseté des motifs allégués est alors absolue ; en 1898, le juge est ainsi amené à refuser de prendre en considération une erreur pourtant flagrante commise par l'Administration dans les motifs de mise à la retraite d'un fonctionnaire faussement fondée sur la demande de ce fonctionnaire ; l'arrêt relate en effet qu'en tout état de cause « le sieur Legrix pouvait légalement et sans aucune autre condition être mis à la retraite d'office » (63).

Ainsi, par le double jeu de l'allégation du libre pouvoir d'appréciation administrative des conditions d'usage de ses pouvoirs, et de ses réticences à connaître des faits de l'espèce, le juge en venait-il à s'interdire toute vérification des motifs dans des secteurs pourtant fondamentaux de l'action administrative : c'est par exemple le cas d'une grande importance politique des mesures de suspension et de révocation des maires (64), du régime disciplinaire de la fonction publique dont la mise en œuvre relève aussi d'une appréciation administrative discrétionnaire (65), ou encore des mesures de police (66).

(61) Vivien, rapprt à l'Assemblée Nationale pour la loi du 3 mars 1849. — S. lois annot. 1848, p. 9, cité par Mestre, note au S. 1929.3.73.

(62) C.E., 28 novembre 1879, de Laage et autres, S. 1881.3.20. — Voir aussi C.E., 18 février 1887, Sortino Valentino, Rec. 152.

(63) C.E., 17 juin 1898, Legrix, Rec. 447.

(64) C.E., 30 décembre 1858, Vaissie, Rec. 778. — C.E., 13 février 1885, Laffitte, Rec. 169. — C.E., 21 mai 1897, Amal, Rec. 385. — C.E., 6 avril 1900, Maire de Jargeau, S. 1902.3.78. — C.E., 2 juin 1905, Crozals, Rec. 493 et S. 1907.3.69.

(65) C.E., 26 mai 1876, Randoing, Rec. 493. — C.E., 16 janvier 1880, Barbarin, Rec. 56. — C.E., 14 déc. 1883, Lequeux, Rec. 909. — C.E., 25 novembre 1892, Schwalbach, Rec. 798. — C.E., 22 mars 1889, Delaine, Rec. 385. — C.E., 29 mars 1901, Ferrut, Rec. 364. — C.E., 5 août 1901, Lancien, Rec. 758. — C.E., 10 juillet 1903, Libert, Rec. 504.

(66) C.E., 5 décembre 1866, Jullien, Rec. 1095. — C.E., 6 décembre 1872, Sabarelli, Rec. 629. — C.E., 30 avril 1875, Maréchal, Rec. 377. — C.E., 9 juin 1882, Petit, Rec. 535.

Il manquait en somme au contentieux des motifs une dynamique, on peut même dire une légitimité de principe. L'une et l'autre ne lui seront définitivement acquis qu'au siècle suivant.

B) Le XIX^e siècle avait été, grâce à la répugnance du juge à connaître des motifs de l'acte, le siècle des « actes discrétionnaires ». Le XX^e siècle peut bien, lui, être considéré comme celui de l'affirmation de l'emprise du juge sur les actes de l'Administration, notamment grâce au contrôle systématique et approfondi qu'il accepte de réaliser sur la justesse de ces motifs.

Tout d'ailleurs contribuait, en ce début de XX^e siècle, à favoriser l'extension du contrôle de fond des actes administratifs et la participation du juge à la définition du régime précis de leur bien-fondé.

Nous sommes, en effet, à l'époque de la consolidation de la République libérale dont les grandes lois sur le droit de réunion, la liberté d'association et la liberté religieuse par exemple trouveront leur prolongement naturel et logique dans l'intensification de la garantie juridictionnelle que procure justement le recours pour excès de pouvoir à la limitation du pouvoir administratif. L'extension des compétences administratives en matière sociale, à l'égard des propriétés privées et de l'industrie des particuliers appelait de la même façon qu'un juge impartial vienne préciser la portée des prérogatives de l'Administration vis-à-vis des droits et libertés individuelles. Hauriou devait ainsi souligner cette nécessité accrue du contrôle juridictionnel du fait de l'extension du pouvoir de l'Administration et de ses imbrications toujours plus grandes avec l'activité des individus ; il devait ainsi plaider que les permissions de voirie étant « devenues de l'administration courante », il serait « inadmissible que la voie contentieuse ne soit pas ouverte à leur égard » (67).

Aussi bien les requérants ne se découragent-ils pas d'invoquer sous une forme ou sous une autre le mal-fondé des décisions qu'ils défèrent au juge.

La pression en faveur d'une évolution du contentieux se fait même sentir au Parlement ainsi qu'il ressort entre autres des débats sur la loi du 11 juillet 1908 qui étendra les garanties dont doivent bénéficier les maires et adjoints avant toute mesure de suspension ou de révocation (68).

Depuis le début de la III^e République, le Conseil d'Etat n'a lui-même cessé de gagner en cohésion, en compétence et en autorité, surtout depuis que la loi du 24 mai 1872 lui a définitivement assuré son indépendance vis-à-vis du pouvoir et des pressions politiques. Dans son ouvrage sur le Conseil d'Etat, M.-C. Kessler insiste justement sur la

— C.E., 2 décembre 1887, Union musicale de Bugles, Rec. 755. — C.E., 13 janvier 1893, Potiron, Rec. 5. — Cf. Teitgen : « La police municipale », thèse, Nancy, 1934, p. 239.

(67) Hauriou, note sous C.E., 11 avril 1913, Comp. des Tramways de l'Est Parisien, S. 1914.3.113. — Cf. aussi dans le même esprit sa note sous C.E., 22 mars 1901, Pagès, S. 1903.3.73.

(68) Cf. les extraits des débats parlementaires in S. 1908.4.64 et au D. 1908.762.

« confiance grandissante de l'opinion » qui se porte à partir de cette époque sur lui, ainsi qu'en témoigne l'accroissement des requêtes d'excès de pouvoir (69).

A cette confiance de l'opinion ne pouvait manquer de correspondre au sein du Conseil une prise de conscience de plus en plus marquée de la légitimité et de l'utilité de son emprise sur les actes administratifs tant au nom des principes libéraux qu'en celui de l'Etat de droit. L'affermissement du régime parlementaire de la III^e République ne tendait-il pas d'ailleurs à renforcer le rôle strictement exécutif, donc subordonné, du Gouvernement et de ses agents ?

Il est d'ailleurs symptomatique de relever les formules nouvelles et très originales qui apparaissent à cette époque dans les conclusions des commissaires du Gouvernement : ainsi, lorsque le degré accentué de contrôle qu'ils proposent au Conseil leur paraît dépasser l'ancienne conception restrictive de la légalité administrative, ils n'hésitent pas à invoquer très audacieusement « le rôle de supérieur hiérarchique » qu'il reviendrait, selon certains d'entre eux, au Conseil d'Etat d'exercer par rapport à l'Administration active (70). Si, au début du XIX^e siècle, le recours pour excès de pouvoir ne recouvrait pas toute la légalité proprement dite, désormais, il tend bel et bien à aller au contraire de plus en plus au-delà de son contenu littéral.

Cet esprit et cette volonté de libéralisme devaient ainsi conduire le juge à assouplir les conditions de recevabilité du recours pour excès de pouvoir.

Ces facilités nouvelles s'accompagnèrent surtout d'un approfondissement du contenu même de la vérification juridictionnelle, et cela essentiellement par l'intermédiaire de l'examen des motifs de l'acte.

a) *De 1900 à 1920, une série de « grands arrêts » traduit nettement cet abandon par le juge de son ancienne répugnance à se saisir des motifs des actes administratifs.*

1) Dès le début du siècle, la jurisprudence du Conseil d'Etat comença ainsi à admettre la légitimité de principe de l'examen contentieux des divers motifs retenus à l'appui des actes administratifs.

Le fameux arrêt *Grazietti* du 31 janvier 1902 (71) marque bien justement la transition entre cette ancienne théorie des actes discrétionnaires, ou de pure administration, insusceptibles d'aucune critique des motifs et le principe contemporain suivant lequel il est toujours des limites au choix par l'agent des motifs de sa décision.

Dans cette affaire *Grazietti*, le Conseil d'Etat accepta en effet, contrairement à sa jurisprudence antérieure, de vérifier la justesse des motifs d'un décret présidentiel de dissolution d'un conseil municipal. La loi de 1884 prescrivait certes la motivation d'un tel décret. mais ne

(69) Kessler : « Le Conseil d'Etat », C.F.N.S.P., 1968, not. p. 49. — Voir aussi Aucoc : « Le Conseil d'Etat avant et depuis 1789 », préc., pp. 137-139.

(70) Cf. concl. Teissier, sous C.E., 5 juin 1908, Marc, Rec. 623, et concl. Chardenet, sous C.E., 19 février 1909, Olivier, Rec. 180, D. 1910.3.123.

(71) C.E., 31 janvier 1902, *Grazietti*, S. 1903.3.113, note Hauriou.

spécifiait en aucune façon quand le Gouvernement pourrait légitimement user de la prérogative qu'elle instituait. Malgré ce silence de la loi, le juge devait refuser d'admettre dans cette hypothèse qu'une dissolution de conseil municipal put être motivée par des irrégularités électorales alors qu'il existait d'autre part un juge spécialement compétent pour connaître des élections municipales et pour en sanctionner, après débat contentieux, les vices éventuels.

De par leur gravité, les circonstances de l'affaire Grazietti n'étaient certes pas éloignées du détournement de pouvoir, et c'est d'ailleurs sur ce terrain que le requérant s'était placé. D'un autre côté, l'arrêt restait par certains aspects d'une facture tout à fait classique en rappelant que normalement « les motifs d'un décret de dissolution... ne peuvent pas être discutés par la voie contentieuse ».

Seulement, en fait, le juge acceptait bien de discuter des raisons qui avaient motivé le décret litigieux, et il dégageait même de son chef une catégorie de motif inadmissible dans l'exercice de la compétence en cause », « si étendues que soient » pourtant suivant ses propres termes, « les attributions dévolues au Président de la République ».

Ainsi, et comme le Doyen Hauriou l'avait fort bien vu aussitôt, l'arrêt Grazietti marquait la crise de la notion d'actes discrétionnaires. La liberté d'appréciation de l'Administration dans la mise en œuvre de ses compétences peut certes parfois se justifier, mais la jurisprudence du XIX^e siècle avait tendance à faire de ce pouvoir d'appréciation une notion qui rendait irrecevable toute critique des motifs de l'acte. Hauriou devait dénoncer cette conception de la discrétionnalité et on connaît, en effet, le fameux principe dégagé par le Doyen de Toulouse : « Il n'y a pas d'actes discrétionnaires ; il y a un certain pouvoir discrétionnaire ». L'arrêt Grazietti manifeste justement une propension nouvelle du Conseil d'Etat à n'attribuer à la discrétionnalité qu'une portée relative et contingente et à ne jamais admettre une liberté absolue des agents du pouvoir exécutif dans le choix et la définition des circonstances de leur édiction. A l'ancien préjugé favorable à la liberté administrative succède ainsi un nouveau préjugé favorable, quant à lui, à la limitation de l'étendue des pouvoirs administratifs.

Aussi bien le Conseil d'Etat devait-il considérer dans l'affaire Grazietti que l'existence d'un contentieux de l'élection interdisait implicitement au Président de la République d'exercer son droit de dissolution, si inconditionné fut-il dans les textes, « en vue d'obtenir le redressement d'irrégularités qui se seraient produites au cours d'opérations électorales ».

Au cours des vingt années suivantes, la jurisprudence donna à l'arrêt Grazietti les développements qu'on pouvait en attendre en portant régulièrement de nouvelles atteintes aux pouvoirs « discrétionnaires » de l'Administration.

Sa nouvelle conception du pouvoir discrétionnaire ressort particulièrement de la jurisprudence issue de l'arrêt Monod de 1906 et suivant laquelle le libre choix par l'Administration des motifs de ses actes ne

saurait pour autant l'autoriser à retenir des faits inexacts à l'appui de sa décision. Telle était pourtant la solution de l'ancien arrêt Legrix de 1898 (72).

Dans l'arrêt Monod, le Conseil d'Etat accepta en effet d'examiner la réalité de la « demande » d'un fonctionnaire à laquelle se référait l'acte qui le plaçait à la retraite. Cette mention était fausse, mais pour autant, comme dans l'affaire Legrix, le Ministre aurait fort bien pu se passer de cette référence et procéder d'office, et donc discrétionnairement, à cette mise à la retraite. L'arrêt Monod tint cependant à relever l'erreur commise, même si ce fut pour conclure « qu'en l'espèce la mention erronée (était) sans influence sur la validité de l'acte » (73).

Un nouveau pas était en tout cas franchi, et les arrêts ultérieurs le consolidèrent. En 1918, l'arrêt Général de Noue précise bien en effet qu'en dépit des pouvoirs du Ministre de la Guerre quant à « la souveraine appréciation de ce que commande l'intérêt du service », il lui était interdit de « relever (tel) officier général de son commandement... (en se fondant) sur des faits matériellement inexacts » (74). Cette évolution trouvera sa consécration trois ans plus tard avec le fameux arrêt Trépont rendu pour une affaire similaire à celle de l'arrêt Monod : là encore, la mise à la retraite litigieuse eut fort bien pu être prononcée d'office ; le Conseil refusa néanmoins au Gouvernement le droit de motiver faussement la mise à la retraite du Préfet Trépont en alléguant sa soi-disant « demande », et il annula l'acte comme reposant, dit l'arrêt, « sur une cause juridique inexistante » (75). Cette fois, l'acte discrétionnaire était bien mort.

Dans le courant de ces mêmes années, le Conseil d'Etat introduisit ainsi sa vérification de la justesse des motifs de l'acte dans le régime de la suspension et de la révocation des maires et adjoints en exigeant que ces sanctions soient motivées par une faute (76) ; en 1913, il réduisit de la même façon la liste des causes possibles de refus des permissions de voirie (77) ; en 1909, l'arrêt Olivier précise quant à lui la nature des motifs susceptibles de justifier les mesures de police administrative dont il exigera alors qu'elles se concilient « avec le respect des libertés garanties par la loi ». Cela aboutissait à poser la « règle » suivant laquelle toute mesure de police doit, pour être régulière, être motivée par l'existence d'une menace suffisante de trouble à l'ordre public (78).

2) En même temps qu'il abandonnait son ancienne conception trop absolue des « actes discrétionnaires », le Conseil d'Etat étendit et

(72) Cf. *supra*, note 63.

(73) C.E., 28 juin 1906, Monod, Rec. 616, D. 1908.3.123. — R.D.P., 1911.289, note Jèze.

(74) C.E., 5 juillet 1918, Général de Noue, Rec. 660.

(75) C.E., 20 janvier 1922, Trépont, Rec. 65. — R.D.P., 1922.82, concl. Rivet, S. 1925.3.51.

(76) C.E., 28 juin 1912, Boisselet, Rec. 740. — C.E., 14 janvier 1916, Camino, Rec. 15, S. 1922.3.10, concl. Corneille, R.D.P., 1917.463, note Jèze.

(77) C.E., 4 avril 1913, Comp. des Tramways de l'Est Parisien, S. 1914.3.113, note Hau-riou.

(78) C.E., 19 février 1909, Olivier, Rec. 180, D. 1910.3.123, concl. Chardenet.

diversifia dès cette époque ses techniques mêmes de vérification des fondements justificatifs de l'acte.

C'est en matière d'erreur de fait que l'évolution de la jurisprudence est la plus caractéristique (79).

L'arrêt Monod amorçait déjà ce contrôle de la réalité des faits allégués à l'appui de l'acte, et on le retrouvera plus nettement encore en 1910 dans l'arrêt Dessay à propos d'un litige sur l'origine de l'infirmité d'un militaire dont il importait de savoir si elle avait été contractée ou non dans le service (80).

Rétrospectivement, l'admission d'un excès de pouvoir pour erreur de fait peut être considérée comme définitive avec l'arrêt Camino de 1916. Un considérant de principe de cet arrêt affirme en effet que « si le Conseil d'Etat ne peut apprécier l'opportunité des mesures qui lui sont déferées par la voie du recours pour excès de pouvoir, il lui appartient (néanmoins)... de vérifier la matérialité des faits qui ont motivé ces mesures » (81) ; telle avait été d'ailleurs dans les mêmes termes la thèse défendue par le commissaire Corneille dans ses conclusions à cette affaire.

Avec ce même arrêt Camino, le Conseil d'Etat dépassait même le stade du contrôle de la réalité des faits ayant motivé une sanction disciplinaire pour vérifier également si ces faits méritaient bien d'être qualifiés juridiquement comme une faute. L'« opportunité » à laquelle l'arrêt se référait ne recouvrait en fait que la liberté reconnue à l'Administration d'apprécier discrétionnairement la gravité de la faute vis-à-vis de l'importance de la peine choisie. Déjà, en 1914, on avait vu, aussi bien, le juge se demander, malgré l'absence de toute définition légale, si l'Administration avait valablement pu qualifier la place Beauvau ou la place de la Madeleine à Paris comme des « perspectives monumentales » méritant à ce titre la protection administrative prévue par la loi (82).

b) Depuis l'époque des arrêts Camino et Trépont, commence une phase nouvelle de l'examen juridictionnel des motifs de l'acte. Cette phase est celle de son développement et de son déploiement.

En fait, dans les premières décennies du siècle, la jurisprudence était souvent demeurée hésitante dans la mise en œuvre de son contrôle des motifs. Ainsi, elle acceptait bien de vérifier la justesse des motifs spontanément fournis par l'acte à l'appui de son dispositif, comme dans l'affaire Trépont, mais elle ne reconnaissait simultanément aucune obligation de principe à la charge de l'Administration d'explicitier les fondements de ses décisions ; or, les textes n'imposaient eux-mêmes que rarement la motivation expresse des actes administratifs de sorte qu'on put

(79) Cf. à ce propos Vedel : « Essai sur la notion de cause en droit administratif », thèse, Toulouse, 1934, not. pp. 65-88 et Goldenberg : « Le Conseil d'Etat, juge du fait », thèse, Paris, 1932.

(80) C.E., 13 mai 1910, Dessay, Rec. 406 et R.D.P., 1911.286, note Jèze.

(81) C.E., 14 janvier 1916, Camino, Rec. 15, S. 1924.3.10, concl. Corneille. — R.D.P., 1917.463, concl. Corneille, note Jèze. — Voir Grands Arrêts, n° 33, p. 127.

(82) C.E., 4 avril 1914, Gomel, Rec. 488, S. 1917.3.25, note Hauriou, et C.E., 1^{er} août 1914, Pillot, Rec. 1012.

craindre que l'Administration n'ait qu'à taire les motifs de son acte pour en interdire tout contrôle. En pratique, le Conseil d'Etat continua d'autre part très souvent de réserver à l'Administration la libre appréciation des faits qu'elle avait retenus, se retranchant alors derrière la subtilité ou la nature trop vague des conditions légales mises en œuvre.

La terminologie nouvelle à laquelle on vit certains arrêts se référer témoignait bien également des hésitations du juge devant la portée à attribuer et les formes à donner à son contrôle des motifs. A l'occasion de l'arrêt Trépont, et à plusieurs reprises de 1920 à 1930, le juge devait ainsi fonder sa censure des motifs faussement allégués sur le fait que cette erreur privait l'acte de sa « cause juridique » (83) ; en matière de contrôle juridictionnel des motifs des mesures de police, quelques arrêts introduisirent quant à eux la notion inédite dans notre régime contentieux d'« usage abusif de ses pouvoirs » par l'Administration (84).

Face à ces incertitudes jurisprudentielles, la doctrine ne manqua généralement pas de son côté d'engager le juge dans la voie d'un contrôle toujours plus approfondi et toujours plus attentif de la régularité des fondements justificatifs des actes administratifs.

Dans cet essor du contentieux des motifs, sans doute le juge eut-il bien l'initiative. C'est bien à lui d'abord, on oserait dire à son instinct de censeur de l'Administration, que nous devons l'édification du régime juridique actuel des motifs.

A une époque où le Conseil d'Etat semblait s'étonner lui-même de sa propre audace et se demander dans quelle direction faire évoluer son contrôle des motifs, la doctrine n'en intervint pas moins d'une manière décisive pour lever ses derniers scrupules et pour offrir à ses solutions encore éparées et tâtonnantes des cadres rigoureux de perfectionnement et de développement.

Hauriou, surtout, se fit, au long de ses multiples notes d'arrêt, l'aiguillon vigilant et inlassable de l'intensification du contrôle des motifs. On le vit ainsi défendre un contrôle de plus en plus poussé de la portée juridique attribuée par l'auteur de l'acte aux motifs de fait pour lesquels il avait statué, et cela quelques difficultés techniques que cette vérification puisse rencontrer (85). On le vit également souhaiter que l'examen des motifs de l'acte soit pour le juge l'occasion de

(83) C.E., 20 janvier 1922, Trépont, Rec. 65. — C.E., 23 mars 1923, Blanchard, Rec. 302. — C.E., 22 janv. 1926, Lefranc, S. 1926.3.25, note Hauriou. — C.E., 17 novembre 1926, Alibert, Rec. 982. — C.E., 3 août 1927, Guibert, Rec. 914. — C.E., 24 mars 1928, Lèbre, Rec. 435. — C.E., 9 mai 1928, Laurent, Rec. 587. — C.E. 18 janvier 1929, de Zeltner, Rec. 73. — C.E., 5 décembre 1930, Sarraill, S. 1931.3.58. — Voir Vedel, *op. cit.*, not. pp. 145-170.

(84) Cf. C.E., 13 juin 1913, Castillon du Perron, Rec. 659. — C.E., 10 août 1917, Baldy, Rec. 637, concl. Corneille. — Voir Dubouis : « La théorie de l'abus de droit et la jurisprudence administrative », thèse, 1960.

(85) Par ex. C.E., sa note sous C.E., 27 mars 1925, Mariani, S. 1927.3.57, et encore sa note sous C.E., 22 avril 1921, Leloutre, S. 1923.3.25. — Cf. Arrighi : « Hauriou, commentateur des arrêts du Conseil d'Etat », Livre Jubilaire du Conseil d'Etat, pp. 341 ss.

faire respecter par l'Administration non pas simplement la loi proprement dite, mais encore « un minimum de conscience et de diligence professionnelle » ; et il invitait le juge, aussi bien à élaborer une véritable « déontologie professionnelle de l'Administration » qui contraindrait les agents à ne jamais se tromper sur les faits qu'ils retiennent avant de statuer, et à toujours étudier sérieusement les questions sur lesquelles ils ont à statuer (86).

Jèze et Bonnard n'hésitèrent pas non plus à inviter le juge à dépasser résolument la vieille notion étroite de légalité. Quelque liberté que la « loi » parut conférer à l'agent dans l'usage de ses pouvoirs, Jèze estimait par exemple, dès 1911, qu'une erreur commise par elle sur les faits de l'espèce ne pouvait être considérée comme « raisonnablement » compatible avec la régularité de l'acte pris sur de telles bases (87) ; de même, Bonnard devait définir comme un principe « rationnel » que tout acte juridique pris par un agent du pouvoir exécutif doit, toujours, avoir des motifs, sans quoi ce serait « un pur caprice », et donc avoir des motifs qui aient au moins le mérite de ne pas méconnaître la réalité des choses elle-même (88).

A cette époque, les auteurs tentèrent aussi d'intégrer le contentieux des motifs dans une théorie générale de l'acte administratif qui puisse guider les développements à venir de la jurisprudence.

Duguit élaborait ainsi une théorie très poussée du processus d'élaboration mentale de l'acte par son auteur, en y distinguant les phases de « conception » et de « délibération » ; il aboutissait ainsi, par exemple, à une discrimination de principe entre le « motif impulsif » qui, disait-il, « ne peut avoir aucune influence sur la valeur de l'acte » (89), et le « but déterminant » qui, lui, ne saurait être contraire au droit sans vicier l'acte qu'il a déterminé. On put cependant critiquer les liens de sa doctrine avec la psychologie ; trop éloignée du droit positif, trop éloignée aussi des préoccupations pratiques du juge, sa théorie des motifs ne put guère influencer en fait l'évolution du droit (90).

Une théorie de la « cause juridique » fut d'autre part élaborée par Hauriou à la suite de la jurisprudence Trépont et développée par M. Vedel dans sa thèse de doctorat en 1934. Comme devait l'observer M. Vedel, si le Conseil d'Etat recourut à cette formule dans l'affaire Trépont pour censurer une erreur sur des faits dont la loi n'exigeait pas la survenance, ce fut sans doute parce que « les procédés ordinaires » de son contrôle lui paraissaient dépassés ; ce fut sans doute aussi « à raison de la très grande généralité peut-être même du vague de cette notion »

(86) Cf. sa note sous C.E., 4 avril 1914, Gomel, S. 1917.3.25.

(87) Jèze, note sous C.E., 13 mai 1910, Dessay, R.D.P., 1911.286 (note *in fine*, p. 291).

(88) Bonnard : « Le pouvoir discrétionnaire des autorités administratives et le recours pour excès de pouvoir », R.D.P., 1923.367.

(89) Cf. Duguit : « Traité de droit constitutionnel », 3^e éd. (1927), t. I, pp. 316-346.

(90) Voir par ex. la critique qu'en a faite le Doyen Vedel dans sa thèse : Vedel, *op. cit.*, pp. 285-287. Pour un exemple de thèse influencée par la méthode duguiste, voir Philibert : « Le but et le motif dans l'acte administratif », thèse, Toulouse, 1934, not. pp. 1-40.

de cause juridique (91). Aussi bien Hauriou avait-il attendu la troisième utilisation qu'en fit le Conseil d'Etat en 1926 avant de s'estimer en mesure d'y voir une « idée doctrinale » (92) qui pourrait dans l'avenir servir de synthèse au contrôle juridictionnel des motifs.

Cette référence à la « cause » parut décisive au Doyen Hauriou et à M. Vedel en traduisant le lien indissoluble unissant l'une à l'autre « l'existence d'un certain état de fait ou de droit précédant l'acte » et la validité même de cet acte (93). M. Vedel ne devait justement pas manquer de montrer la portée de cette limitation du pouvoir administratif au moyen de situations objectives. Pour Hauriou et M. Vedel, c'est, en effet, cette situation objective, ou encore ce « fait déterminant » comme l'a appelé Hauriou, prévu et défini « par la loi, la coutume ou par la jurisprudence » qui détermine la « catégorie juridique », c'est-à-dire en définitive la nature et la place de l'acte au sein de l'ordonnement juridique. D'où l'annulation de l'acte qui méconnaîtrait par ses motifs la nature des causes dans lesquelles il aurait légalement dû « mouler » son acte. M. Vedel aboutissait enfin à classer autour de la notion de cause les différentes irrégularités possibles des motifs de l'acte suivant qu'il reposerait sur une « fausse cause » ou encore sur une « cause illicite ».

Cette analyse théorique de la « cause » n'a cependant pas survécu. A l'époque même où M. Vedel y voyait un possible « pôle d'attraction » du contrôle des antécédents objectifs de l'acte, et le procédé technique par excellence « permettant l'intégration de l'erreur de fait à la violation de la loi », le Conseil d'Etat cessait de s'y référer dans ses arrêts, comme s'il redoutait peut-être de mouler ses décisions dans une formulation trop systématique, manifestant en tout cas sa préférence déjà traditionnelle pour les notions telles que « fausse application de la loi » ou plus simplement encore « excès de pouvoir », estimant sans doute aussi ne plus avoir besoin de justifications doctrinales à l'exercice de modalités de contrôle qu'il considère désormais comme allant de soi (94).

Ces études, comme l'important bilan jurisprudentiel de M. Goldenberg en 1932, dans sa thèse sur « le Conseil d'Etat du fait » (95) auront alors largement contribué, à cette époque, à souligner l'originalité du nouveau contrôle organisé par le juge sur les motifs de l'acte. Elles témoignaient également de l'intérêt qu'y portait alors la nouvelle génération de juristes. Elles n'ont pu enfin qu'encourager le juge à prendre conscience des richesses de ce nouveau moyen d'appréhension de l'acte.

(91) Vedel, *op. cit.*, pp. 145-170.

(92) Hauriou, note sous C.E., 26 janvier 1925, Lefranc, S. 1927.3.25.

(93) Vedel, *op. cit.*, pp. 361-404.

(94) Cf. Charlier : « La cause dans la jurisprudence administrative récente », J.C.P., 1950.1.870.

(95) Goldenberg : « Le Conseil d'Etat, juge du fait », thèse, Paris, 1932.

Depuis 1930, le Conseil d'Etat n'a, en effet, cessé d'exploiter les potentialités que lui offrait l'examen des fondements justificatifs de l'acte administratif.

On peut ainsi parler d'un « droit positif » du contentieux des motifs qui constituera donc l'objet de notre étude.

C'est qu'en vérité la légitimité de l'examen juridictionnel des motifs tant en droit qu'en fait n'est aujourd'hui plus contestée. La jurisprudence est elle-même trop attachée à en exploiter les richesses possibles pour se préoccuper, comme à l'époque de l'arrêt Trépont, de fonder son intervention sur des considérations théoriques.

Ce qui frappe justement, dans ce contentieux moderne des motifs, c'est son caractère essentiellement pragmatique.

Ce n'est pas à dire qu'il n'y ait pas de principes de base en la matière.

Quelques postulats fondamentaux animent au contraire cette branche du contentieux de l'excès de pouvoir. Ces principes sont en soi très simples et pourraient se résumer au principe suivant lequel tout acte administratif est toujours passible d'un contrôle de ses motifs d'émission.

Notre régime administratif considère, en effet, comme l'avait si justement souligné Bonnard que tout acte émis par une personne raisonnable doit procéder de certains motifs. D'ailleurs, il existe toujours des limites au choix par l'agent des fondements de son acte : la loi elle-même définit ces limites, et le juge n'a pas hésité à les compléter voire à les dégager lui-même.

Mais la mise en œuvre même de ce postulat demeure fondamentalement dominée par des considérations pratiques et par le souci du juge d'atteindre à une censure des fondements de l'acte qui soit rigoureuse autant que raisonnable, et sévère autant qu'adaptée aux exigences concrètes et sans cesse renouvelées de l'action administrative.

Ainsi, on verra le juge poser en véritable règle que l'Administration doit toujours d'une façon ou d'une autre expliciter les motifs de son acte, afin d'en permettre le contrôle. Mais aussi bien, son souci des réalités le conduira-t-il à ne pas traiter également tous les antécédents et considérations qui ont pu précéder et déterminer l'acte litigieux.

De même; s'il vérifie toujours la réalité matérielle des faits allégués et la correction de l'interprétation que l'agent a fait en droit de ses pouvoirs, on verra qu'il continue de reconnaître à l'Administration une marge d'ailleurs variable de « pouvoir discrétionnaire » au niveau de l'appréciation même de la portée de ces faits.

Cette double optique de la recherche par le juge des motifs contrôlables, et celle de la détermination de l'étendue même de son contrôle sur ces motifs sera celle qu'en définitive nous retiendrons dans notre analyse du droit positif.

Il s'agit là, en effet, des deux types de problèmes auxquels le contentieux s'est trouvé confronté. C'est en les résolvant qu'il a été

amené à contribuer concrètement à la rationalisation, on peut même dire à la « moralisation » du processus d'édiction des actes administratifs.

De ces deux aspects du contentieux des motifs, le second est sans doute celui par lequel le juge a pu participer le plus directement à la définition du degré de liberté possédée par l'Administration dans l'exercice de ses compétences.

On verra cependant que l'efficacité même de ce contrôle, et la discipline que le juge entend imposer à l'édiction des actes administratifs sont en pratique fondamentalement tributaires de la façon dont le juge définit le domaine même de sa censure à travers sa recherche des motifs contrôlables.

Notre plan sera donc le suivant :

— Première partie :

La détermination par le juge des motifs contrôlables.

— Deuxième partie :

L'étendue du contrôle du juge sur les motifs de l'acte.

PREMIERE PARTIE

LA DÉTERMINATION PAR LE JUGE DES MOTIFS CONTROLABLES

Pour pouvoir vérifier le bien-fondé d'un acte administratif, le juge de l'excès de pouvoir doit évidemment être en mesure de connaître avec précision et certitude le contenu de ses motifs, et fixer sur cette base ce que sera le domaine même de son contrôle.

Or, en pratique, cette détermination des motifs contrôlables se heurte parfois à d'importantes difficultés.

Ces difficultés tiennent tout d'abord à ce que l'information du juge sur les motifs des actes dépend en fait en grande partie de l'Administration elle-même. L'efficacité du contrôle juridictionnel est alors largement liée à la qualité des moyens dont dispose le juge pour obtenir de l'Administration, ou connaître en tout cas s'il le faut par d'autres moyens, les motifs de ses décisions. On examinera alors quels sont les moyens qui garantissent au juge une information de principe suffisante sur les motifs des actes administratifs en vue de l'exercice de son contrôle (Titre 1).

Mais, il ne suffit pas pour autant au juge de connaître ainsi les motifs au nom desquels l'acte a été pris. Une importance plus ou moins grande est en effet susceptible d'être accordée aux différentes causes et considérations qui paraissent avoir concouru à l'émission de l'acte et à la formation de la volonté de son auteur. Aussi bien y-a-t-il place, parmi elles à des investigations et discriminations complémentaires de la part du juge (Titre 2).

Plan de la première partie :

— TITRE 1 :

L'information de principe du juge sur les motifs des actes administratifs, et ses garanties.

— TITRE 2 :

Les investigations complémentaires du juge parmi les motifs des actes administratifs.

TITRE PREMIER

L'information de principe du juge sur les motifs des actes administratifs et ses garanties

L'insuffisance des moyens d'information du juge sur les motifs donnés par l'Administration à ses actes a longtemps entravé la mise en œuvre du contrôle de leur justesse.

Jusque dans les années 1950, le juge ne disposait en effet d'aucune autre garantie d'information sur les motifs de l'acte que celle provenant des quelques cas de motivation expresse obligatoire. Au début du siècle, ces cas devaient naturellement fournir au juge une occasion privilégiée d'exercice de son contrôle sur la valeur des fondements justificatifs de l'acte administratif. C'est par exemple l'existence d'une telle règle de motivation qui permit en 1902 au Conseil d'Etat d'introduire avec l'arrêt *Grazietti* un premier contrôle des motifs des décrets présidentiels de dissolution de Conseil municipal (1).

Ces hypothèses de motivation formelle obligatoire demeuraient cependant exceptionnelles.

Dès lors, au cours de la première moitié du siècle, le contrôle juridictionnel du bien-fondé de l'acte ne fut bien souvent possible que parce que l'auteur de la décision l'avait en fait spontanément motivée, à moins que le dossier de l'affaire ne fut en lui-même suffisamment éloquent sur les raisons et considérations qui avaient déterminé l'émission de l'acte (2), ou à moins — situation plus exceptionnelle — que le contestataire de l'acte put établir qu'en aucun cas cette décision ne pouvait être prise telle qu'elle l'avait été.

Aussi bien Hauriou notait-il en 1922 sous l'arrêt *Préfet de la Savoie* que l'annulation prononcée dans cette affaire pour vice des motifs n'avaient pratiquement pu l'être que parce que l'organe auteur de la dé-

(1) C.E., 30 juin 1902, *Grazietti*, préc. S. 1903.3.113. note Hauriou.

(2) Par ex. C.E., 16 novembre 1900, *Maugras*, S. 1901.3.57, note Hauriou.

cision litigieuse « avait, disait-il, commis l'imprudence de formuler le motif de droit » (3) ; l'arrêt Trépont de la même époque fournit une autre illustration de ce cas où la motivation spontanée de l'acte en a permis un contrôle de fond qui n'eut pas eu lieu autrement (4). Bonnard en concluait, non sans amertume, que « pour que le Conseil d'Etat puisse examiner l'existence des motifs il faut que ceux-ci soient exprimés dans l'acte lui-même... ou ressortent des pièces du dossier. De sorte que, ajoutait-il, si (l'agent public) garde un silence prudent sur les motifs de sa décision, aucun contrôle n'est possible » (5).

Cette situation était assurément paradoxale.

On en arrivait en effet à ce que le Conseil d'Etat contrôlait les motifs d'un acte parce que la loi imposait à l'Administration de les exposer, ou parce que celle-ci avait bien voulu motiver spontanément sa décision. Il aurait été plus logique de voir le juge exiger aussi de l'Administration, en toute hypothèse, les motifs de ses actes, parce qu'il lui appartient légitimement d'en contrôler la régularité.

Le droit positif repose évidemment sur des bases plus rationnelles.

En cas d'absence totale d'explicitation de l'acte, ce ne serait pas même la plus ou moins grande étendue du contrôle juridictionnel qui risquerait de se trouver en cause ; c'est son existence, son principe même, qui serait menacé.

Ainsi, comment vérifier si un refus d'inscription à un concours administratif est justifié dès lors que les motifs n'en ont pas été fournis ? Comment déterminer si une sanction administrative est bien-fondée dans le cas où son auteur ne dit pas quels griefs il reproche au destinataire de cette mesure ?

Ces liens de la question des garanties de l'explicitation des motifs de l'acte avec celle de l'efficacité réelle du recours juridictionnel expliquent qu'en pratique elle se soit posée dans l'histoire de notre droit administratif en termes de « pouvoir discrétionnaire ».

Les administrations ont en effet vu naturellement dans le « droit » à taire parfois les motifs de leurs actes le symbole même et aussi le rempart le plus puissant du pouvoir de libre appréciation des circonstances de l'espèce qu'elles revendiquent dans la mise en œuvre de certaines de leurs compétences.

Le point de vue du juge a été différent ; le Conseil d'Etat admet certes que l'Administration puisse parfois apprécier librement la portée à attribuer aux circonstances de l'espèce ; on a cependant déjà évoqué comment il ne s'en estimait pas moins en droit de soumettre au moins cet acte à un contrôle d'erreur de fait, d'erreur de droit, de détournement de pouvoir et même, depuis quelques années, d'erreur manifeste dans l'appréciation administrative des faits. Encore ne faudrait-il pas que ce contrôle, même « minimum » ou « réduit » comme on l'appelle

(3) Hauriou, note sous C.E., 25 juin 1920, Préfet de la Savoie, S. 1922.3.57.

(4) C.E., 20 janvier 1922, Trépont, préc. — Cf. *supra*, p. 34.

(5) Bonnard : « Le pouvoir discrétionnaire des autorités administratives et le recours pour excès de pouvoir », préc. R.D.P., 1923, pp. 363 ss. (notamment pp. 374-375).

ordinairement, et auquel l'Administration répugne encore quelquefois, soit pratiquement rendu impraticable par le refus des agents du pouvoir exécutif de dire et d'exposer le contenu des motifs de leur décision.

La question de l'information du juge, et des garanties de cette information devient alors essentielle.

Le contentieux moderne des motifs est justement dominé par l'affirmation par le juge de son « droit » à être mis à même d'exercer effectivement son examen, même minimal, des fondements justificatifs des actes administratifs.

Dès avant la dernière guerre, on avait vu parfois le Conseil d'Etat reprocher ainsi à l'Administration de ne pas l'avoir mis « à même » d'exercer son contrôle de légalité, faute qu'aucun motif n'ait été exposé à l'appui de la décision litigieuse (5 bis).

En 1954, le fameux arrêt Barel établira définitivement dans notre régime administratif ce qu'on peut bien appeler le droit du juge à la connaissance des motifs de l'acte administratif. Ce droit du juge est le corrolaire de la légitimité acquise par le contrôle juridictionnel des motifs des décisions administratives. Dans ses importantes conclusions, M. Letourneur devait nettement souligner comment l'extension progressive des droits de contrôle du juge sur la valeur ou en tout cas sur l'exactitude des motifs rendait impensable que l'Administration put taire les motifs de ses actes. Puisque même en cas de pouvoir discrétionnaire l'acte est soumis à un contrôle « minimum » quant à ses motifs, M. Letourneur en concluait qu'il y a « obligation pour l'Administration de faire connaître les motifs de sa décision » (6). Dans l'affaire Barel, l'Assemblée du Contentieux devait ainsi dénier au Ministre concerné tout « droit » au silence sur les circonstances qui l'avaient conduit à refuser d'accueillir certaines demandes d'inscription au concours d'entrée de l'E.N.A. « Admettre le contraire, ajoutait alors M. Waline, ce serait instituer une véritable parodie de justice » (7).

Cette obligation pour l'administration d'explicitier les motifs de ses actes constitue désormais l'un des piliers essentiels du régime juridique des motifs.

On pourrait alors concevoir l'information du juge sur les motifs de l'acte administratif par l'intermédiaire de deux types de techniques, l'une et l'autre susceptible d'ailleurs d'être confortées par de véritables garanties.

La première relève de la procédure non contentieuse, et consiste dans la motivation même des actes administratifs, au moment de leur émission, et qui pourrait être rendue obligatoire.

(5 bis) Par ex. C.E. (S.), 8 janvier 1937, Bury et autres, Rec. 22.

(6) C.E. (Ass.), 28 mai 1954, Barel, Rec. 308, concl. Letourneur, R.D.P., 1954.509, concl. Letourneur, chr. Waline, R.P.D.A., 1954.149, concl. Letourneur, note Eisenmann, A.J.D.A., 1954.2.396, note Long, Rev. Adm., 1954.393, note Liet-Vaux, S. 1954.3.97, note Mathiot, D. 1954.594, note Morange, et Long, Weil et Braibant, « Grands Arrêts », n° 92.

La seconde relève de la procédure contentieuse, et consiste dans la recherche par le juge des motifs des actes administratifs à l'occasion de l'instauration du recours pour excès de pouvoir dirigé contre eux, avec tous les moyens, et aussi les sanctions, attachées aux pouvoirs d'instruction du juge.

En pratique, l'une et l'autre technique sont utilisées par le droit positif, la première étant en fait complétée par la seconde. Si ce n'est en effet toujours que dans certains cas que le droit positif impose aux agents publics l'obligation de motiver expressément leurs actes, l'information du juge est en revanche en tout état de cause garantie au niveau de l'instruction même du recours pour excès de pouvoir, et par le droit qu'il se reconnaît systématiquement, dans le cadre de la jurisprudence Barel, et à peine de « sanctions », d'obtenir de l'Administration toutes indications nécessaires sur les motifs des décisions qui sont attaquées devant lui, et dont les justifications n'apparaîtraient pas.

Plan :

— Chapitre Premier :

La motivation expresse des actes administratifs.

— Chapitre II :

La recherche par le juge des motifs des actes pendant l'instruction.

CHAPITRE PREMIER

LA MOTIVATION EXPRESSE DES ACTES ADMINISTRATIFS

Une décision administrative est « motivée », au sens technique du terme, lorsqu'elle énonce elle-même les raisons de droit et de fait pour lesquelles son auteur la considère comme justifiée, et donc « ce qui l'a déterminée » (7).

Dans la pratique, cette motivation intervient souvent spontanément, et cela ne doit pas tellement surprendre. Il y a là un phénomène qui traduit tout d'abord un penchant naturel des agents publics à justifier leurs actes tant à l'égard de leurs destinataires que vis-à-vis de l'organisation administrative dont ils font partie, et qui les contrôle, elle aussi. Comme le plus souvent, l'auteur de l'acte croit à la justesse des raisons pour lesquelles il l'émet, il hésite peu à les exposer. L'autorité même acquise par le contrôle juridictionnel des actes administratifs, et la progression de l'Etat de Droit font également que l'Administration se trouve généralement conduite à assortir ses actes de justifications, alors même que la règle de droit ne l'y astreindrait pas expressément. La motivation officielle de l'acte peut aussi prolonger tout naturellement les auditions, enquêtes ou consultations qui ont eu lieu au cours de la procédure d'élaboration de l'acte. On ne saurait non plus négliger la pression des destinataires, voire plus généralement de l'opinion publique en faveur d'une explicitation immédiate des motifs de certains actes, et aussi bien est-il arrivé que des décisions sans motifs apparents aient dû être très rapidement explicitées par leur auteur (8).

(7) Odent, concl. sous C.E., 5 avril 1946, Coulon, S. 1946.3.23. — Sur la question cf. Auby et Drago, *Traité précité* n° 1095. — Goy, *op. cit.*, tome 1, pp. 393-406. — Hostiou : « Procédure et formes de l'acte administratif unilatéral en droit français », pp. 169 ss. — Isaac : « La procédure administrative non contentieuse », pp. 538-570. — Stassinopoulos : « Traité des actes administratifs », pp. 198-207. — Sur : « Sur l'obligation de motiver formellement les actes administratifs », A.J.D.A., 1974, p. 349. — Wiener : « La motivation des actes administratifs en droit comparé », *Rev. Internationale de droit comparé*, 1969, pp. 779-795.

(8) On peut ainsi citer la lettre que le Ministre de l'Intérieur adressait à la presse au mois de novembre 1970 pour justifier l'arrêté par lequel il venait d'interdire un hebdomadaire de vente aux mineurs de 18 ans. Le mouvement d'opinion suscité par cette mesure, qui n'était originellement assortie d'aucun motif amena le Ministre de l'Intérieur à fournir alors les justifications de sa décision, et à ajouter en outre que « pour éviter toute équivoque à l'avenir (il avait) prescrit aux services compétents de toujours motiver ces arrêtés » (*Le Monde*, 20 novembre 1970). De la même manière devait-on par exemple voir, au mois d'avril 1976, le Ministre de l'Intérieur fournir des « explications » publiques sur une affaire d'expulsion d'étrangers qui, elle aussi, avait été à l'origine de protestations (*Le Monde*, 20 avril 1976).

Rendre obligatoire cette motivation astreindrait alors les autorités administratives à assortir systématiquement et expressément de leurs motifs les diverses décisions qu'elles édictent, à peine de commettre un vice de forme susceptible à lui seul d'entraîner l'annulation de l'acte.

Sans doute y a-t-il un risque que cette motivation, comme d'ailleurs lorsqu'elle a eu lieu spontanément, ne soit pas toujours sincère. Aussi bien le juge ne se satisfait-il pas toujours des motifs « officiellenent » donnés à ses actes par l'Administration pour en déterminer la régularité. Cette motivation, en tout cas liera l'Administration et sera soumise au contrôle contentieux, de sorte que l'Administration est bien tenue de réaliser avec soin cet examen officiel de ses motifs. La règle de motivation obligatoire garantirait donc efficacement le droit du juge à connaître les motifs des actes soumis à sa vérification.

Aussi s'est-on interrogé de longue date sur l'utilité d'une extension, voire d'une généralisation des premiers cas de motivation expresse obligatoire qui avaient été prévus par les textes.

On explicitera d'abord le domaine de cette obligation de motiver (section 1), avant d'examiner les implications concrètes d'une telle obligation lorsqu'elle a été reconnue (section 2).

Section 1

LE DOMAINE DE L'OBLIGATION DE MOTIVATION EXPRESSE DES ACTES ADMINISTRATIFS

La définition des cas où l'Administration doit obligatoirement motiver ses actes de manière formelle a longtemps été régie par une solution simple selon laquelle il n'est pas d'obligation de motivation expresse à moins qu'un texte ne l'ait prescrite.

Ce qui pouvait alors apparaître comme un principe de non-motivation des actes administratifs devait naturellement être dénoncé comme une entrave à la mise en œuvre du contrôle du juge, et comme une concession au pouvoir discrétionnaire de l'Administration qui se réfugie en effet trop souvent derrière l'absence de règle de motivation pour taire les raisons de ses actes.

La jurisprudence a cependant progressivement accepté de contribuer à la reconnaissance de cas de motivations obligatoires en-dehors de tout texte les imposant. Son apport demeure sans doute encore restreint mais ouvre pour autant les voies d'une extension du domaine de l'obligation de motiver au-delà des hypothèses strictement « textuelles ».

1) Le principe classique « pas de motivation sans texte », et la critique de ses insuffisances.

Depuis le XIX^e siècle, une longue suite d'arrêts répètent inlassablement en effet qu'en l'absence de dispositions expresses imposant une telle formalité, ou encore « en l'absence de toute prescription particulière en ce sens » (9), les décisions administratives n'ont pas à être nécessairement accompagnées de leurs motifs justificatifs (10). Ce principe s'applique d'ailleurs tant aux actes administratifs proprement dits qu'aux décisions prises sur recours administratif (11).

Gaston Jèze y voyait déjà en 1922, la « première règle » du contenu des motifs (12).

Cette solution en matière de motivation constitue d'ailleurs traditionnellement l'un des intérêts et l'une des conséquences pratiques qui s'attachent à la distinction entre les actes administratifs proprement dits, et les décisions administratives de type juridictionnel auxquelles le Conseil d'Etat statuant comme juge de cassation impose le principe d'une obligation de motiver (13).

1) La portée concrète de la solution classique excluant toute obligation de motiver tant qu'un texte ne l'a pas prescrite.

Cette portée ne doit certes pas être surestimée en ce qui concerne les inconvénients du « principe » de non-motivation.

D'une part, l'absence de règle de motivation obligatoire d'un acte ne peut en aucun cas emporter l'absence d'obligation pour l'Administration à devoir rendre compte des raisons et fondements de ses décisions ; la jurisprudence Barel permet en effet au juge d'exiger en tout cas de l'Administration l'information de principe dont il a besoin en vue de son contrôle du bien-fondé des actes administratifs qui lui sont déferés.

D'autre part, les hypothèses où des textes ont prescrit la motivation d'actes administratifs, sans être nécessairement en accroissement propor-

(9) C.E. (S.), 23 mai 1969, Jammes, Rec. 266, A.J.D.A., 1969, p. 566.

(10) Cf. C.E., 21 novembre 1879, Fontenilles, Rec. 741. — C.E., 30 avril 1880, Harouel et Morin, Rec. 419. — C.E., 2 juillet 1880, Maillard (faillite Larivière), Rec. 631, note H.D. — C.E., 1^{er} août 1902, Delalogue, Rec. 610. — C.E., 8 mai 1914, Douchet, Rec. 550. — C.E., 11 août 1916, Leguay, Rec. 370, et pour quelques illustrations récentes : C.E., 13 octobre 1967, Ministre des Armées c. Doh, Rec. 374, A.J.D.A., 1968.302. — C.E., 24 janvier 1968, Dionnet, Rec. 56. — C.E. (Ass.), 12 avril 1972, Benasse, Rec. 259, concl. Braibant. — C.E., 16 février 1973, Demoiselle Sambroni, Rec. (Tab.) 1025. — C.E., 24 mai 1974, Diot, Rec. 307.

(11) Cf. C.E., 23 mai 1947, Cousty, Rec. 215. — C.E., 7 mai 1947, Bornet, Rec. 706. — T.A. Dijon, 10 janvier 1962, Ministre du Travail contre Bertin, D. 1962.566, note Savatier. — Cf. Isaac, *op. cit.*, p. 643.

(12) Jèze : « Essai sur l'influence des motifs déterminants », préc. R.D.P., 1922, p. 386.

(13) Cf. C.E., 5 décembre 1924, Legillon, Rec. 895. — Voir Peiser : « Le recours en cassation en droit administratif français », pp. 339 ss. — C.E. (Ass.), 23 décembre 1959, Glicksman, Rec. 708, S. 1961.3.334, concl. Mayras, D. 1961.256, note Jeanneau. — Cf. Auby et Drago, *Traité précité* n° 1425.

tionnel à l'augmentation du nombre même des pouvoirs décisionnels administratifs, se sont pour autant multipliés chaque fois que des intérêts individuels ou collectifs essentiels, et notamment des libertés, étaient en cause, comme pour mieux marquer à l'administration la dépendance de l'exercice de sa compétence par rapport à la loi qui la lui avait attribuée, et pour faciliter la contestation éventuelle de la mesure par ses destinataires ; et c'est dans cet esprit, par exemple, que le législateur avait introduit en 1908 l'exigence de la motivation pour les mesures de suspension ou de révocation des maires, en même temps qu'il précisait la faculté d'un recours contentieux contre semblable mesure, car, comme le soulignait l'exposé des motifs de ce qui allait devenir la loi du 8 juillet 1908 (actuel art. 68, Code de l'Adm. mun.) : « il ne s'agit pas de soustraire les maires à leurs devoirs envers l'Etat ; mais il faut au moins que lorsqu'ils se renferment dans leurs attributions, et qu'ils ne font que résister à des empiètements arbitraires de l'Administration, ils soient sûrs, si leur résistance est légale, de ne pas être frappés dans l'ombre, sans aucun recours possible, ni même de connaître la cause de leur disgrâce... la hiérarchie et la discipline doivent être ménagées, mais aussi le respect du suffrage universel et de ses élus » (14).

Plus généralement, la règle de motivation obligatoire a été très souvent introduite dans le régime des mesures les plus importantes prises au titre du droit disciplinaire dans la fonction publique (art. 31 du Statut Général), de la tutelle sur les collectivités locales, dans le cadre des inscriptions à leurs Tableaux par les organes des Ordres professionnels (pour les médecins, art. L. 414 C.S.P. — pour les pharmaciens, art. L. 525 C.S.P. — pour les sage-femmes, art. L. 453 C.S.P.). On retrouvera encore l'obligation de motiver les mesures d'internement administratif d'office des aliénés (art. L. 343 C.S.P. : « les ordres des préfets seront motivés et devront énoncer les circonstances qui les auront rendus nécessaires »), dans le régime de certains refus (tels le refus du visa d'exploitation d'un film par le Ministre, art. 5 du décret du 18 janvier 1961, ou le refus d'autorisation de mise sur le marché d'une spécialité pharmaceutique, art. R. 5136 C.S.P., les décisions déclarant l'irrécevabilité d'une demande de naturalisation ou de réintégration, art. 101 C. de la Nationalité, le refus d'exploitation d'une carrière par son propriétaire, art. 106 Code Forestier), pour les décisions relatives au cumul d'exploitations agricoles (art. 188-5° du Code Rural), ou encore pour les dérogations d'urbanisme (art. 421-33 Code de l'Urbanisme, rédaction décret 10 juillet 1973)... (15).

Il faut également souligner que le régime de nombreuses mesures administratives pour lesquelles la motivation n'a pas été expressément prévue, s'accompagne de garanties de portée voisine pour les intéressés ; les droits de la défense, dont le champ d'application est beaucoup plus systématique depuis que la jurisprudence du Conseil d'Etat en fait un principe général applicable à toutes mesures prises en considération de

(14) Cité au D. 1908.4.64 et au S. 1908.752.

(15) Cf. Sur, art. précité A.J.D.A., 1974, pp. 349 ss., avec un tableau du domaine actuel de la motivation obligatoire.

la personne ou présentant un caractère disciplinaire, assurent ainsi au destinataire de l'acte une information sur les reproches qui lui sont adressés par l'autorité administrative ; la procédure consultative ou le recours à l'enquête astreignent également l'administration à une publicité préalable de ses projets, et donc de ses raisons d'intervention.

Dans le droit positif, la place de l'obligation de motiver n'en est pas moins toujours demeurée limitée et insuffisante.

Le domaine de la motivation est d'abord limité en pratique, et s'il n'est naturellement pas possible de dresser la liste des actes non soumis à l'obligation de motiver, il n'en reste pas moins qu'il est loisible de relever des hypothèses nombreuses où des actes touchant pourtant à des intérêts importants n'y sont pas soumis : les refus de permis de construire ont cessé d'y être assujettis par le décret du 28 mai 1970, et ce même texte l'avait supprimée aussi pour les dérogations qui y sont cependant à nouveau astreintes depuis le décret du 10 juillet 1973 (16), c'est encore le cas de certaines mesures disciplinaires pour lesquelles le Conseil d'Etat juge que faute de texte « aucun principe » n'en impose la motivation (17), de certaines entraves apportées à l'exercice d'activités professionnelles (18), sans parler de l'absence quasi-générale de l'obligation de motiver les mesures de police déjà exceptées d'ailleurs en principe du champ d'application des droits de la défense.

Ce domaine est par ailleurs constamment menacé de réduction par le fait que sa détermination appartient normalement depuis 1958 au pouvoir réglementaire autonome, comme il en va d'ailleurs pour l'essentiel des règles de la procédure administrative contentieuse et non contentieuse (19), et il peut être tentant pour le pouvoir exécutif de s'exonérer lui-même de cette obligation et de ses contraintes, en omettant simplement de la prévoir dans les textes organisant ses compétences, voire en l'excluant expressément, comme le fit un décret du 12 août 1969 relatif aux décisions d'inscription sur la liste des commissaires aux comptes, et qui devait donner lieu, en 1973, au fameux arrêt Lang (20).

Il est également menacé par le développement des décisions administratives implicites, de refus ou d'acceptation, qui, par nature, ne peuvent bien entendu s'accommoder d'une obligation de motivation expresse, et qui encourageraient la censure du juge dès lors que la compétence mise en œuvre requerrait une motivation (21). Il appartiendra donc au pouvoir réglementaire, maître du domaine de la motivation, comme du domaine des

(16) Cf. Chapuisat : « Le droit administratif à l'épreuve de l'urbanisme dérogatoire », A.J.D.A., 1974, p. 1.

(17) C.E., 13 octobre 1967, Ministre des Armées c. Doh, Rec. 374, A.J.D.A., 1968, p. 302 (à propos d'un agent du S.D.E.C.E. placé hors du statut général).

(18) Cf. C.E. (S.), 24 mai 1974, Diot, Rec. 306, *Rev. trim. de dr. sanitaire et social*, 1975, p. 190, concl. Vught.

(19) Cf. Isaac, *op. cit.*, p. 255.

(20) Cf. *supra*, note 63.

(21) Cf. C.E., 5 février 1971, Sist. Rec. 104 et Tab. 910 (sol. impl.). C.E. 17 nov. 1976, Société pour le développement de l'hospitalisation.

décisions tacites, de choisir entre l'essor de l'un et celui de l'autre. L'exigence de la motivation a alors été d'ailleurs parfois considérée comme d'un intérêt moindre que ne l'est l'exercice par l'Administration de ses compétences par acte « tacite » et cela singulièrement pour ce qui est de certaines autorisations, tant il est vrai que l'intérêt du destinataire de l'acte est d'obtenir rapidement cette autorisation, grâce justement au mécanisme du silence positif, plus que d'en connaître explicitement les motifs (22). Lorsque cette autorisation concerne les tiers, et ne correspond pas spécifiquement à la reconnaissance d'un droit, il n'est pas certain cependant que la motivation soit sans importance (on songe par exemple aux autorisations d'activités susceptibles de nuire à l'environnement), et l'introduction de trop nombreux cas de décisions tacites peut se révéler gênante.

On doit enfin relever que le Conseil d'Etat n'a pas élargi la liste des sources textuelles de l'obligation de motiver autant que peut-être il aurait été en mesure de le faire. Alors en effet que sa jurisprudence admet que de simples circulaires puissent être la source d'obligations procédurales et soient dès lors invocables par les administrés dans la mesure où elles posent des prescriptions qui leur apportent des garanties, le juge paraît avoir exclu qu'en matière de motivation semblable condition soit remplie, et, peut-être parce qu'il a craint à terme d'inciter l'Administration à renoncer à une telle pratique, il a rejeté les quelques recours où des administrés se plaignaient de la méconnaissance d'une règle de motivation qui ressortait d'une simple circulaire (23).

La jurisprudence n'a pas non plus admis qu'une obligation de motivation puisse être surajoutée au régime général d'exercice d'une compétence par les instances chargées de la mettre en œuvre : dans l'arrêt Ville de Limoges de 1973, le Conseil d'Etat a ainsi écarté implicitement le moyen allégué — et retenu par M. Rougevin-Baville dans ses conclusions, selon lequel une dérogation d'urbanisme doit être motivée dès lors que le règlement d'urbanisme le prévoit, même si cette exigence, comme c'était alors le cas, n'est pas posée par la réglementation nationale (24).

2) La critique des lacunes de la solution classique, et les souhaits doctrinaux d'une extension du domaine de l'obligation de motiver.

Les lacunes et limites des textes susceptibles d'imposer aux agents publics la motivation expresse de leurs décisions ont alors naturellement été dénoncées de longue date par la doctrine qui a au contraire géné-

(22) Pauti : « Décisions implicites et jurisprudence administrative », R.D.P., 1975, p. 1525 (notamment p. 1562) et cf. Rougevin-Baville, concl. sous C.E. (Ass.), 18 juillet 1973, Ville de Limoges, R.D.P., 1974, p. 560, notamment p. 568.

(23) Cf. C.E., 23 janvier 1947, Fageot, Rec. (Tab.) 522. — C.E., 28 mars 1947, Merrien, Rec. 137. — C.E., 13 mai 1947, Bonnin, Rec. 196. — Cf. Isaac, *op. cit.*, pp. 264 ss.

(24) C.E. (Ass.), 18 juillet 1973, Ville de Limoges, Rec. 530, R.D.P., 1974.559, concl. Rougevin-Baville, R.D.P., 1973.259, chr. Waline, A.J.D.A., 1973.480, chr. Cabanes et Léger, J.C.P., 1973.2.17.575, note Liet-Vaux, A.J.P.I., 1974.782, note Savy, D. 1975.49, note Colignon.

ralement souhaité une multiplication, et surtout un minimum de systématisation du champ d'application de l'obligation de motiver (25).

On a alors souligné que la motivation expresse constitue tout d'abord le moyen le plus simple, et le procédé le plus efficace d'information par l'Administration sur les motifs de ses actes ; et c'est un moyen qui est en lui-même bien supérieur à celui qui résulte de la demande de communication des motifs par le juge à l'Administration pendant l'instruction du recours pour excès de pouvoir dans le cadre de la jurisprudence Barel. Celle-ci a en effet l'inconvénient de supposer le déclenchement préalable d'un recours pour excès de pouvoir, de permettre à l'Administration éventuellement l'élaboration de justifications a posteriori de ses décisions, et enfin de remettre au juge, et non pas à l'intéressé lui-même le droit de revendiquer l'explicitation par l'Administration des motifs de ses décisions. La motivation expresse permettrait justement aux destinataires des actes administratifs une meilleure information du contenu de la volonté administrative et donc de mieux apprécier les chances d'un recours en annulation qu'il risquent autrement d'être amenés à intenter maladroitement. Elle garantirait qu'au moment même où elle statue, l'Administration possède des raisons de prendre l'acte qu'elle émet, et on peut alors dire, selon la formule de M. Goy, que la motivation réalise une sorte d'« aveu préconstitué » des fondements de son acte par l'Administration. La règle de motivation obligatoire rend du même coup l'information des administrés sur les motifs des actes administratifs indépendante de l'intervention du juge de l'excès de pouvoir. Certes, celui-ci est de plus en plus libéral dans le recours à la technique de la jurisprudence « Barel » ; il n'en reste pas moins anormal que les citoyens aient besoin de l'intervention du juge pour obtenir communication des raisons des actes qui les concernent.

La règle de motivation obligatoire a également l'avantage d'astreindre l'Administration à une attention particulière sur le contenu de ses actes, compte tenu de l'obligation de les formuler, et donc sur la manière de délibérer son acte. La motivation permettrait alors d'imposer indirectement à l'Administration « certaines règles de travail ».

En matière de jugements, cette utilité technique de la motivation a souvent été soulignée. On a ainsi montré que la Cour de Cassation censure le défaut ou l'insuffisance des motifs des jugements qui lui sont déférés non seulement au nom des nécessités de son contrôle, mais encore parce que ce défaut ou cette insuffisance démontrent la fragilité du raisonnement sur lequel ces jugements ont été fondés (26) ; l'internationaliste Politis soulignait justement que l'obligation de motiver

(25) Cf. Charlier : « La technique de notre droit public est-elle adaptée à sa fonction ? », E.D.C.E., 1951, p. 39. — Debbasch, note sous T.A. Paris, 30 septembre 1963 de Crémiers, J.C.P., 1964.2.13.577. — Fromont, note sous C.E., 26 janv. 1968, Société Maison-Genestal, D. 1969.456. — Rivero : « Le système de protection des citoyens contre l'arbitraire administratif à l'épreuve des faits », Mélanges Jean Dabin, t. 2, p. 814. — Savy : « Le contrôle juridictionnel de la légalité des décisions économiques de l'administration », A.J.D.A., 1972.3 (notamment pp. 19-20).

(26) Cf. Motulsky : « Le manque de base légale, pierre de touche de la technique juridique », J.C.P., 1949.1.775.

« rend les juges plus attentifs, plus prudents, plus respectueux du droit » (27), les obligeant à rattacher leur solution aux règles générales que leur fonction est de mettre en œuvre dans un cas concret. Après tout, l'acte administratif aussi est une œuvre d'application du droit.

Ce point de vue a d'ailleurs conduit le Conseil d'Etat à se montrer très sévère quant à la façon dont les jugements administratifs soumis à son contrôle doivent être motivés. Or, il mériterait tout autant de justifier un élargissement du domaine de la règle de motivation pour les actes de l'Administration active. Ainsi peut-on y voir, suivant la formule de Laferrière, l'une des « garanties offertes aux intéressés, au public, et à l'Administration elle-même contre les décisions hâtives ou insuffisamment délibérées » (28). M. Isaac a également insisté sur les effets de la motivation sur la rationalisation des méthodes de travail administratif : elle oblige en effet l'Administration « à évaluer la portée des textes qu'elle applique et l'état de la situation de fait ; elle est particulièrement efficace en cas de pouvoir discrétionnaire en ce qu'elle oblige l'Administration à procéder à un examen particulier des circonstances de l'affaire » (29).

On peut ajouter qu'elle serait également très utile pour les actes émanant d'organismes collégiaux. Le Conseil d'Etat attache en effet une très grande importance à la rigueur de la délibération de ces organismes (30) ; il est évident qu'exiger d'eux la motivation, contribuerait parfaitement à sanctionner la nécessaire cohérence de leurs délibérations.

L'extension de l'obligation de motiver traduirait enfin solennellement « le déclin de l'ukaze » dans notre régime administratif : comme l'a justement souligné M. Charlier : « L'Administration devient d'avantage... une école, d'avantage une diplomatie, et moins une caserne... Tout cela signifie que la décision doit être plus étudiée, plus explicative, plus enseignée et plus prêchée qu'autrefois » (31). La motivation introduirait en somme la confiance dans les relations entre l'Administration et les administrés.

Le développement actuel de l'informatique dans l'Administration rend peut-être justement plus nécessaire que jamais la mise au point de procédures qui garantissent nos principes essentiels de démocratie administrative et de subordination du pouvoir exécutif au Droit. « Il serait en effet grave, comme l'observait en 1968 M. Braibant, que l'usager, le citoyen, l'administré reçoivent simplement le résultat brut des calculs d'ordinateur » : en cas d'acte préparé par ordinateur, il faudrait poser en principe, ajoutait-il, que la décision, telle qu'elle est notifiée à l'intéressé, par exemple une feuille de paie ou un ordre de reversement,

(27) Cité par Juret : « Observations sur la motivation des décisions juridictionnelles internationales », *Rev. Gén. de Dr. Int. Pub.*, 1960.516.

(28) Laferrière, *Traité précité*, t. 2, p. 520.

(29) Isaac, *op. cit.*, p. 547.

(30) Cf. Isaac, *op. cit.*, pp. 507-535.

(31) Charlier, art. précité, E.D.C.E., p. 59.

comporte tous les éléments qui permettent au destinataire de savoir quelles sont les bases de cette décision (32). Ce serait là l'un des aspects de la lutte contre le risque de « détérioration de la décision juridique », lié à ce développement de l'informatique dans la préparation des actes administratifs (33).

A l'étranger, d'ailleurs, on note un général progrès du domaine de l'obligation de motiver, ainsi qu'en témoignent les lois de procédure, qui, lorsqu'il en existe, contiennent pour la plupart des dispositions en ce sens (34).

Le contenu de ces différentes lois étrangères est naturellement variable, et leur portée pratique aussi probablement, en dépit de certaines analogies de formules. Ces lois, aux Etats-Unis, comme en Norvège, en Suède, en Espagne ou en Yougoslavie, ont pour autant toutes tendance à prévoir un domaine de motivation plus large, et surtout plus systématique qu'en France. Rares sont les cas où la motivation est toujours exigée, comme il en va, semble-t-il de deux cantons suisses, et surtout des trois traités européens communautaires pour les différents actes du Conseil ou de la Commission (art. 15, C.E.C.A., art. 190, C.E.E., art. 162, C.E.E.A.) pris à l'égard des Etats, des entreprises ou des particuliers (35). Plus souvent, les lois étatiques procèdent à la détermination du domaine de l'obligation de motiver par catégories de décisions, réservant par exemple cette obligation aux mesures de refus, aux décisions défavorables (comme en Autriche, et en Israël), aux décisions prises en appel, ou qui statuent en dérogeant aux précédents en la matière, ou contrairement à l'avis d'un organisme consultatif (comme dans la loi espagnole du 17 juillet 1958, art. 43). Certains Etats connaissent une règle qui oblige au moins systématiquement l'Administration à communiquer les motifs de ses actes aux personnes intéressées qui en font la demande ; et ce système, qu'on retrouve en Norvège et en Grande-Bretagne peut alors constituer un compromis entre la généralisation de la motivation expresse et l'excessive limitation de son domaine, en même temps que traduire le droit d'accès des administrés aux documents et informations administratives dont l'insuffisant développement en droit français est justement lui aussi régulièrement dénoncé par comparaison avec certaines pratiques étrangères, et notamment américaine (36).

Sans doute serait-il difficile d'imposer la motivation de toutes les décisions. Ce serait alourdir la procédure d'émission des actes (37),

(32) Braibant : « L'informatique dans l'administration », exposé introductif à la journée d'études organisée par l'Institut Français des Sciences administratives, *Revue internationale des sc. adm.*, 1969, p. 341 (notamment p. 344).

(33) Plantey : « Prospective de l'Etat », pp. 96 ss.

(34) Cf. Wiener : « La motivation des décisions administratives en droit comparé », *Rev. Internationale de droit comp.*, 1969, p. 779, et « Vers une codification de la procédure administrative non contentieuse », 1975 et aussi le compte rendu des débats du IV^e Congrès international des sciences administratives (Dublin, 1968).

(35) Sur l'application de cette règle, cf. Boulouis et Chevallier : « Les Grands arrêts de la Cour de Justice des Communautés européennes », p. 341.

(36) Cf. Divier : « L'administration transparente », *R.D.P.*, 1975, p. 59.

(37) Cf. Mérikoski : « Le pouvoir discrétionnaire de l'administration », pp. 98-99.

peut-être aussi créer un risque d'excessives annulations pour vice de forme dès lors que cette règle serait mal respectée ; l'absence d'explicitation d'un acte ne lèse parfois aucun intérêt ; on peut également songer à la préservation de certains secrets, tels ceux de la défense nationale, voire à une certaine discrétion lorsque le motif est relatif à un comportement privé (38).

Il ne s'agit pas de faire de la règle de motivation une panacée. Il est vrai, comme le soulignait récemment M. Goyard, que « l'exigence de la motivation dans tous les cas n'est pas un moyen en soi pour obtenir que l'Administration se conforme davantage à la loi » (39). Tant l'information du juge, ou celle des administrés, et que la rationalisation administrative auraient pourtant probablement à gagner à être confortées par une extension du domaine de la motivation obligatoire.

Faute que le législateur ait réglé cette question, et au fur et à mesure que les défaillances du principe « pas de motivation sans texte » se concrétisaient, le problème s'est posé d'une intervention du juge pour dégager de son chef des cas de motivation obligatoire, même sans texte, de la même manière qu'il a étendu le champ d'application des droits de la défense au-delà du strict domaine qui leur avait été initialement fixé par les textes, et de la même manière qu'il a jugé que la motivation des décisions juridictionnelles faisait a priori partie de la nature des choses.

Timidement d'abord, puis avec davantage de netteté, le Conseil d'Etat a justement commencé d'ouvrir la voie à certaines exceptions au principe « pas de motivation sans texte ».

2) La contribution nouvelle de la jurisprudence à la reconnaissance de cas de motivation obligatoire et ses perspectives.

1) Jusqu'aux arrêts « Agence Maritime Marseille-fret » de 1970, et « Lang » de 1973, le Conseil d'Etat a appliqué en général strictement le principe « pas de motivation sans texte ». S'il l'a parfois aménagé, il en a pour autant toujours préservé le cadre fondamental.

Sans doute sa jurisprudence a-t-elle toujours veillé non seulement à garantir le sérieux des motivations rendues obligatoires par les textes (cf. section 2), comme elle a condamné les restrictions indûment portées par l'Administration à une obligation de motiver qui avait été établie par un texte supérieur ; le Conseil d'Etat a ainsi jugé que

(38) Cf. Chapus, note sous C.E., 31 décembre 1960, Vicat-Blanc, D. 1961.422. Dans le cadre du droit de la fonction publique européenne, il est arrivé à la C.J.C.E. de retenir ce genre d'argumentation : cf. C.J.C.E., 30 octobre 1974, affaire Grassi c. Conseil, Rec. p. 1009 : « Attendu que l'autorité investie du pouvoir de nomination n'est pas tenue de motiver les décisions de promotion à l'égard des candidats non promus, les considérants d'une telle motivation risquant d'être préjudiciables à ceux-ci ou, à tout le moins, à certains d'entre eux ».

(39) Goyard : « Les idées de Ch. Eisenmann sur le contrôle des motifs », *Mélanges Eisenmann*, p. 339.

l'instauration d'un mécanisme de décision implicite par un décret simple n'avait pu faire obstacle, et donc échec, à une règle de motivation prévue dans le même domaine par un décret en Conseil d'Etat (40) ; et certains arrêts ont même laissé à penser que la motivation prévue pour toute une catégorie de mesures ne connaissait pas d'exception « implicite » dans les hypothèses où une décision tacite avait ensuite été rendue possible (41).

Mais, force est de constater que le juge n'a pas en revanche admis aisément des entorses à l'exigence d'un texte préalable pour que la motivation d'un acte soit juridiquement obligatoire.

Il a par exemple refusé d'admettre qu'une obligation de motiver puisse être considérée comme implicitement prescrite par un texte qui se bornait à prévoir que certaines mesures ne pourraient être prises que « par décision spéciale » (42) ; il a également jugé que l'obligation de motiver une décision de refus ne s'étendait pas du même coup à l'acte de retrait de cette même mesure (43), et encore moins à l'acte inverse (44).

Une seule fois, avant la guerre, dans un arrêt Kervégand de 1934, il parut admettre la nécessité de la motivation formelle d'un acte pour lequel elle n'avait pourtant en aucune façon été prévue, et cela compte tenu, semble-t-il, du caractère nécessairement exceptionnel de la solution retenue en l'espèce (le partage d'un prix entre plusieurs attributaires) (45).

Dans quelques hypothèses, il accepta également de procéder par analogie pour étendre le domaine de certaines obligations de motiver, notamment en cas d'intervention successive de deux organes sur une même affaire, de façon à imposer au second l'obligation qui avait été prévue à la charge du premier (46).

Pourtant, après 1945, avec le fameux arrêt Billard du 27 janvier 1950, le Conseil d'Etat sembla s'engager sur la voie d'un élargissement prétorien du domaine de la motivation obligatoire (47). L'affaire concernait les décisions prises par les commissions de remembrement rural de la loi du 9 mars 1941.

Comme le lui proposait M. Letourneur, son commissaire du gouvernement, la Section du Contentieux attribua à ces commissions le caractère d'organes de l'Administration active en dépit des éléments qui auraient pu conduire à leur reconnaître un caractère juridictionnel comme aux anciennes commissions départementales de reconstitution foncière. M. Letourneur n'en proposait pas moins de reconnaître à ces nouvelles commis-

(40) Cf. C.E., 7 novembre 1975, Demoiselle Laglaine, Rec. 549.

(41) Cf. C.E., 5 février 1971, Sist, Rec. 104, et la bibl. citée, note 22.

(42) Cf. C.E., 7 juillet 1916, Lévi, S. 1917.3.1, note Hauriou.

(43) C.E. (S.), 5 janvier 1955, Les Chaumières des pastourelles, Rec. 11.

(44) Cf. C.E., 21 avril 1972, Société civile particulière de la Montagne de Blaitière, Rec. 305.

(45) C.E. (S.), 19 octobre 1934, Kervégand, Rec. 935.

(46) C.S. (S.), 14 juin 1946, Van den Veegaete, Rec. 166, et aussi C.E., 22 janvier 1892, Maillet, Faure et autres, Rec. 40.

(47) C.E. (S.), 27 janvier 1950, Billard, S. 1950.3.40, conclusions Letourneur.

sions une obligation de motiver expressément leurs décisions, en l'absence même de toute disposition expresse de la loi à cet égard.

Il se fondait sur le caractère para-juridictionnel des commissions, sur la volonté implicite du législateur et sur ce que lui-même appelait « la nature de l'affaire », c'est-à-dire sur les restrictions dont les pouvoirs des commissions avaient été entourés ; il estimait en effet que seule la motivation expresse permettrait de s'assurer du respect des restrictions. La Section du contentieux suivit son commissaire en déduisant « tant de la composition de la commission départementale et des règles de son fonctionnement que des garanties expressément accordées par la loi... que le législateur a entendu imposer à ladite commission l'obligation de motiver ses décisions afin notamment de permettre au juge de l'excès de pouvoir d'apprécier si les prescriptions et les interdictions contenues dans la loi ont été respectées ».

Le Conseil d'Etat parvenait ainsi à soumettre les commissions de remembrement au contrôle de l'excès de pouvoir, puisqu'elles étaient des organes de l'Administration active, tout en les assujettissant à certaines obligations de juridiction. C'était d'ailleurs l'époque où le critérium de la « juridiction » devenait plus flou du fait de la création de nombreux organismes aux fonctions et à la nature incertains ; c'était aussi l'époque où la procédure contentieuse irradiait de plus en plus la procédure administrative non contentieuse notamment à travers l'extension des règles de la procédure contradictoire.

La portée de l'arrêt Billard était cependant imprécise en raison de la référence de l'arrêt à la volonté du législateur, même s'il ne s'agissait plus que d'une volonté implicite.

Certes, en elle-même cette décision était d'une grande importance : le contentieux du remembrement rural fut en effet considérable et la règle de motivation facilita largement le progrès du contrôle du juge en la matière. Mais il n'y eut aucune expansion de la solution « Billard » vers d'autres secteurs de l'action administrative.

En 1962, le Tribunal Administratif de Clermont-Ferrand tenta bien d'appliquer le raisonnement tenu en 1950 pour les commissions de remembrement aux décisions prises par les commissions paritaires médicales en matière de notoriété (48) : le commissaire du gouvernement près ce tribunal avait d'ailleurs souligné l'analogie qu'on pouvait établir entre ces deux types de commissions, toutes deux organismes d'un type nouveau, « à la nature mal définie composés en tout ou partie de personnes privées, mais participant à l'exécution d'un service public » : un même souci de rationalisation de leurs délibérations appelait donc qu'on les astreigne à motiver leurs décisions. Dans deux jugements successifs, le Tribunal de Clermont-Ferrand suivit son commissaire du gouvernement en s'efforçant d'ailleurs de bien mouler sa décision dans la terminologie même de l'arrêt Billard.

(48) T. A. Clermont-Ferrand, 13 avril 1962, Pajault, A.J.D.A., 1962.II.519, concl. Paulin et T. A. Clermont-Ferrand, 22 juin 1962, Rhomer, Rec. 765.

L'occasion était propice pour une affirmation du pouvoir du juge d'étendre prétoriquement l'obligation de motiver. Le Conseil d'Etat s'y refusa cependant et dans une affaire du même type que celle qui avait suscité l'audace novatrice du tribunal auvergnat, il rappela nettement le principe suivant lequel il n'est normalement pas de règle de motivation dès lors qu'aucun texte ne l'impose (49).

Vingt ans après l'arrêt Billard, un seul secteur du droit administratif avait ainsi échappé à l'emprise du principe « pas de motivation sans texte ». Sauf cette exception, les arrêts continuèrent, aussi bien, à refuser toute censure de l'acte non expressément motivé dès lors qu'aucune disposition législative ou réglementaire n'imposait cette formalité.

Dès 1950, le Conseil d'Etat sembla même manifester en fait une réticence accentuée à admettre d'une façon ou d'une autre des cas de motivation obligatoire que des textes n'auraient pas expressément établis. En 1955, il devait par exemple refuser de considérer la règle légale de motivation des refus d'autorisation pour l'ouverture d'un établissement sanitaire comme devant s'étendre par analogie au régime des décisions retirant cette autorisation (50) ; en 1946 on l'avait pourtant vu recourir à ce genre de raisonnement (51).

En 1967 le Conseil d'Etat tint également à préciser très fermement qu'en dehors des dispositions pertinentes du Statut de la Fonction Publique « aucun principe de la procédure disciplinaire n'impose que les décisions de l'autorité investie du pouvoir disciplinaire doivent être motivées » (52).

Il est même symptomatique de relever que dans ces années 1950-1970 le Conseil d'Etat aura préféré résoudre ses problèmes d'information sur les motifs en consacrant avec l'arrêt Barel le mécanisme de la communication a posteriori des motifs devant le juge, plutôt que d'étendre les hypothèses de motivation obligatoire.

On ne saurait certes supposer que le Conseil d'Etat ait pu ignorer les avantages de la motivation des actes administratifs quand on se souvient quelles garanties il a toujours eu à cœur d'apporter aux intérêts des administrés et quelles facilités il n'a cessé d'apporter à l'exercice du recours pour excès de pouvoir dont il définissait justement en 1950 l'existence comme étant de plein droit (53).

En fait, il est certain que cette non-motivation de principe des actes administratifs qui caractérise traditionnellement notre droit se-

(49) C.E., 24 avril 1964, Delahayes, Rec. 243. — Dr. Soc., 1964.441, concl. Braibant, D. 1965.494, note Dupeyroux et Garagnon. S. 1964.172, note Bing. Notons d'ailleurs que le problème des commissions paritaires médicales a été résolu par un décret du 7 janvier 1966 qui leur impose l'obligation de motiver leurs décisions en matière de notoriété médicale.

(50) C.E. (S.), 7 janvier 1955, Asso. « Les Chaumières des Pastourelles », Rec. 11, précité, note 43.

(51) Cf. *supra*, note 46.

(52) C.E., 13 octobre 1967, Ministre des Armées c. Doh, Rec. 374.

(53) Cf. C.E., 17 février 1950, Ministre de l'Agriculture c. dame Lamotte, Rec. 110, R.D.P., 1951.478. Concl. Delvolvé, note Waline.

rait à proprement parler intolérable et que le Conseil d'Etat ne l'aurait effectivement pas toléré si l'Administration s'abstenait effectivement de motiver son acte en-dehors des cas où la loi lui en fait l'expresse obligation. Le mécanisme de la communication a posteriori des motifs, au cours de l'instruction du recours contentieux est d'autre part très lourd et ne se conçoit en fait qu'en tant que procédé exceptionnel d'information du juge.

La fréquence de la motivation spontanée, qu'on a déjà évoquée plus haut (54), et que l'existence même de la jurisprudence Barel ne peut d'ailleurs qu'encourager indirectement, explique seule que le Conseil d'Etat ait pu ainsi se dispenser d'étendre, sinon de généraliser le domaine de la motivation obligatoire.

Peut-être le juge a-t-il craint, par l'extension du domaine de la motivation expresse, de multiplier les annulations pour simple vice de forme alors que d'autre part les besoins de son information se trouvaient généralement satisfaits soit par la motivation spontanée soit par le mécanisme de la jurisprudence Barel.

Ce maintien presque intégral du vieux principe « pas de motivation sans texte » n'en avait pas moins quelque chose d'équivoque. Il semblait en effet « cautionner » la revendication de l'Administration à taire les motifs de ses actes au moins tant qu'un recours n'a pas été déclenché à son encontre ; même si l'information du juge ne s'en trouvait pas compromise cette solution privait tout de même l'administré de l'espèce de droit légitime qu'on peut lui reconnaître à savoir pourquoi telle décision a été prise à son égard. En refusant d'étendre le domaine de la motivation obligatoire, le juge se privait du même coup d'un moyen précieux pour discipliner des actes administratifs.

Pour sa part, d'ailleurs, la Cour de Cassation, qui n'exige pas davantage que le Conseil d'Etat, la motivation des actes administratifs dont elle connaît, sauf texte en disposant (55), devait admettre qu'une telle motivation pouvait parfois être nécessaire même sans texte ; et elle a ainsi jugé que le Comité supérieur des tarifs douaniers, qui peut avoir à statuer sur la valeur et l'origine de certaines marchandises, et qui est alors soumis au contrôle des tribunaux judiciaires, était tenu même sans texte de motiver ses décisions « afin de mettre ces tribunaux en mesure de se prononcer tant sur leur régularité formelle que sur leur bien-fondé » (56).

2) Un pas décisif a cependant fini par être franchi par le Conseil d'Etat avec l'arrêt Agence Maritime Marseille-fret de 1970, et la jurisprudence qui s'en est suivie et qu'a consacrée l'arrêt Lang de 1973.

Le 27 novembre 1970, l'Assemblée du Contentieux jugeait ainsi qu'en dépit du silence des textes la concernant, la commission permanente de

(54) Cf. *supra*, p. 46.

(55) Cass. Crim., 17 janvier 1941, D.C., 1942.12.

(56) Cass. Comm., 5 janvier 1959, successeurs de Robert Bauzin, contre Directeur général des Douanes, J.C.P., 1952.2.10.976, A.J.D.A., 1959.2.170, obs. Drago, et cf. Hostiou, *op. cit.*, pp. 286-287.

trois membres instituée par le décret du 23 juin 1967 et chargée de réaliser une répartition du trafic méditerranéen à défaut d'accord entre les armateurs concernés, était néanmoins tenue de motiver ses décisions (57).

Cette atteinte au principe « pas de motivation sans texte » avait alors ceci de particulier, de nouveau, et d'important, que le Conseil d'Etat ne la justifiait par aucune référence à une volonté même implicite des rédacteurs du texte instituant la compétence de la commission en cause, mais seulement « eu égard à la nature, à la composition et aux attributions de cet organisme professionnel auquel les pouvoirs publics ont conféré le pouvoir d'arrêter les droits de chaque armement dans l'exploitation du trafic général sur la relation France-sud-Algérie ».

L'arrêt Billard était donc nettement dépassé : par l'arrêt Agence Maritime Marseille-fret, le Conseil d'Etat se reconnaissait désormais le droit de fixer lui-même une règle de motivation obligatoire. La motivation n'était plus seulement obligatoire lorsque l'instituteur de la compétence en avait ainsi disposé, mais encore lorsque le Conseil d'Etat considérait que cette motivation expresse faisait nécessairement partie du « statut » de cette compétence.

La portée des termes de l'arrêt Agence Maritime Marseille-fret étaient cependant loin d'être nets. La fonction quasi-juridictionnelle de la commission en cause avait très probablement influencé l'Assemblée du contentieux, ce qui aurait alors rapproché cette décision de l'arrêt Billard lui-même (58). Plus généralement sans doute, le juge — et les conclusions de M. Gentot en témoignaient — avait été sensible aux caractères très originaux de cette « commission permanente », organisme ad hoc que M. Gentot proposait pour sa part de rattacher à la filiation de l'arrêt Monpeurt. Le Conseil d'Etat avait alors probablement craint de ne pas disposer à son égard d'autre possible garantie d'information que celle résultant d'une motivation formelle de ses décisions. Dans ses conclusions, M. Gentot soulignait ainsi les difficultés peut-être insurmontables que le juge rencontrerait dans sa recherche a posteriori des motifs de la décision dans le cas où celles-ci n'aurait pas été motivée spontanément par ce curieux organisme professionnel innomé dont elle émane. Il relevait aussi l'incertitude planant sur sa personnalité juridique qui rendrait aléatoire sa mise en cause au cours de l'instance ; d'autre part, toujours selon M. Gentot, son existence en marge des structures administratives proprement dites faisait que « la procédure inquisitoriale risque d'être peu efficace à son égard et de ne pas donner nécessairement au juge les garanties qu'on est en droit d'attendre des représentants qualifiés de la Puissance publique » ; dès lors, concluait le commissaire du gouvernement, « le juge n'aura pas la certitude d'obtenir a posteriori les raisons de fait et de droit qui ont inspiré ladite

(57) C.E. (Ass.), 27 novembre 1970, Agence maritime Marseille-fret, Rec. 704, R.D.P., 1971.987, concl. Gentot, A.J.D.A., 1971.150 et 144, chr. Labetoulle et Cabanes, J.C.P., 1971.2.16757, note Moderne, J.C.P., 1971.1.2407, chr. Sabourin, D. 1971.344, note Pacteau.

(58) Cf. Odent, cours précité, p. 1453.

décision » (59). Le commissaire du gouvernement devait insister encore sur le caractère « collégial » de la « commission » concernée : il serait en tout état de cause bien difficile d'obtenir plus ou moins longtemps après sa réunion, voire après sa dispersion définitive, communication des motifs qui avaient emporté la décision collective.

Sans doute le Conseil d'Etat a-t-il justement visé, par ce nouvel arrêt, à asseoir son autorité sur les diverses institutions de l'« Administration nouvelle » qu'il n'entend pas voir échapper, par un biais ou par un autre, à son autorité juridictionnelle.

Depuis quelques années, le Conseil d'Etat intensifie en effet son contrôle sur les interventions de l'Administration en matière économique et professionnelle (60) ; le nouveau contrôle de l'« erreur manifeste » d'appréciation y a notamment permis de limiter davantage la portée du pouvoir discrétionnaire que le juge est souvent conduit à reconnaître à l'Administration du fait de la complexité et de la technicité des problèmes concernés (61). A l'appui de ce contrôle « minimum » élargi on aura d'ailleurs vu le Conseil d'Etat assouplir en 1968 les conditions de mise en œuvre de la procédure de communication des motifs au cours de l'instruction du recours pour excès du pouvoir (62) ; dans le même esprit, l'arrêt Agence Maritime Marseille-fret témoigne de la très nette volonté du juge de s'assurer en tout état de cause des moyens d'exercer effectivement son contrôle de légalité.

Les termes, comme les soubassements et l'inspiration de l'arrêt du mois de novembre 1970 étaient donc en définitive riches de virtualités, mais méritaient d'être précisés.

Deux ans plus tard, dans son arrêt Lang du 26 janvier 1973, le Conseil d'Etat a justement consolidé l'apport de l'arrêt Agence Maritime Marseille-fret, dans un sens qui risque cependant d'en limiter l'essor. Bien que le Conseil d'Etat ait, cette fois, reconnu plus nettement à certaines hypothèses de motivation obligatoire le caractère de solution de principe, mieux vaut encore parler, comme le fait l'arrêt Lang lui-même, d'une « exception » au principe qui demeure d'absence d'obligation de motiver, sauf texte en disposant autrement (63).

L'arrêt Lang, rendu à propos de la validité d'une mesure réglementaire excluant expressément l'obligation de motiver les décisions d'inscription sur la nouvelle liste des commissaires aux comptes, rappelle tout d'abord expressément qu'« en principe les décisions des autorités administratives n'ont pas à être motivées ».

(59) Concl. Gentot, précitées.

(60) Delmas-Marsalet : « Le contrôle juridictionnel des interventions économiques de l'Etat », E.D.C.E., 1969, pp. 134 ss.

(61) Cf. *infra*, p. 207.

(62) C.E. (S.), 24 janvier 1968, Société Maison-Genestal, Rec. 62, concl. Bertrand, A.J.D.A., 1968.102, chr. Massot et Dewost, J.C.P., 1968.1.2203, note Colson, J.C.P., 1968.2.15581, note X..., Droit Soc. 1968.294, note Besson, D. 1969.456, note Fromont.

(63) C.E. (S.), 26 janvier 1973, Lang, Rec. 72, A.J.D.A., 1974.144, chronique Franc et Boyon, J.C.P., 1973.2.17.416, note Mabilat, *Rev. trim. de droit commercial*, 1973.282, note Houin, D. 1973.606, note Pacteau. Le Décret du 7 déc. 1976 a cependant introduit l'obligation de motiver les refus d'inscription.

Quant à l'exception qu'il y a posé immédiatement, elle est en fait doublement limitée : d'abord, par son contenu ; il s'agit, selon l'arrêt Lang des « décisions de certains organismes en raison de leur composition, de leur nature et de leurs attributions ». Cette formule systématise donc les énonciations déjà retenues par l'arrêt Agence Maritime Marseille-fret. Elle ne les précise cependant pas, sans qu'il apparaisse que cette imprécision puisse en contre-partie servir le dynamisme de la « jurisprudence Lang », compte tenu du triple niveau d'originalité requis par le Conseil d'Etat des « certains organismes » soumis automatiquement à l'obligation de motiver, compte tenu aussi du fait que c'est aux caractères de l'organisme, davantage qu'à ceux de la fonction ou de la compétence mises en œuvre que le juge attache le fondement de cette obligation de motiver même sans texte. Il est pourtant probable qu'il aurait été utile par exemple d'assujettir à la motivation tous les organes collégiaux, ou toutes les mesures prises pour des motifs disciplinaires ou en considération de la personne, comme cela avait été préconisé en 1964 par M. Braibant (64), voire tout retrait ou certains refus d'avantages. Les considérants de l'arrêt Lang, comme les suites immédiates qu'a connu cet arrêt ne permettent alors guère de prévoir une évolution prochaine en ce sens. En fait, il en ressort que l'extension de l'obligation de motiver devrait essentiellement atteindre les organismes de type professionnel ou d'organisation économique, souvent intermédiaires entre le droit public et le droit privé, parfois aussi quasi-juridictionnels, composés au moins en partie de non-fonctionnaires, et chargés de trancher des cas individuels, comme justement dans l'affaire Lang elle-même. Deux ans plus tard, cette solution n'avait justement trouvé à s'étendre qu'aux décisions de la commission nationale chargée, d'autoriser les personnes qui ne sont pas titulaires du diplôme d'expert-comptable, à demander leur inscription au Tableau de l'Ordre de cette profession (65), et l'ancienne formule des arrêts selon laquelle « en principe les décisions administratives n'ont pas à être motivées à défaut de dispositions contraires en ce sens » continue en fait de dominer la jurisprudence, comme cela l'a été par exemple pour les mesures de suspension prises par le Conseil National de l'Ordre des Pharmaciens « dans le cas d'infirmité ou d'état pathologique rendant dangereux l'exercice de la profession » (66), ou à propos des refus de passeports (66 bis). En tout état de cause il conviendra que la jurisprudence précise bien nettement les caractères que doivent revêtir les organismes et leurs compétences pour être soumis à l'obligation de motiver.

La « jurisprudence Lang » est limitée dans son essor à un autre titre, celui de la portée juridique de l'« exception » qu'elle établit au « principe » pas de motivation sans texte. C'était d'ailleurs là l'enjeu ultime de l'affaire Lang puisqu'en cette hypothèse où le Conseil d'Etat

(64) Braibant, concl. sous C.E., 22 avril 1964, Delahaye et Villard, Dr. Social, 1964.441.

(65) Cf. C.E., 13 nov. 1974, Guizelin, Rec. 554, A.J.D.A., 1875.32 et 28, chr. Franc et Boyon. — C.E., 12 février 1975, Morizot, Dr. Adm., 1975, n° 76, et même jour, Chartier.

(66) C.E. (S.), 24 mai 1974, Diot, Rec. 307, Rec. trim. de dr. san. et soc., 1975.190, concl. Vught.

(66 bis) C.E., 12 février 1975, Fouéré, D. 1975.435, note Pacteau.

admettait une obligation de motiver même en l'absence de texte, il existait justement un texte réglementaire qui dispensait au contraire expressément l'organisme en cause de motiver les décisions litigieuses; Il y avait donc à établir une hiérarchie entre l'« exception » jurisprudentielle et la « dérogation » qui lui avait été apportée par le texte réglementaire. La solution retenue n'est naturellement pas très favorable aux administrés dans la mesure où le Conseil d'Etat a admis l'autorité simplement supplétive de l'obligation reconnue à « certains organismes » de motiver leurs décisions, et dénie à cette obligation le caractère d'un « principe général du droit dont la méconnaissance par l'autorité réglementaire constituerait une illégalité ». Cela est sans doute conforme à la disposition par le pouvoir réglementaire d'une compétence de principe en matière de procédure administrative. Cette compétence connaît cependant des brèches lorsque des garanties démocratiques sont en cause, et certains principes de procédure ont bien une valeur « supra-décrétale » (67). S'il était difficile d'envisager un véritable transfert de l'administration au juge de la définition du domaine de l'obligation de motiver, il reste que notre système juridique laisse en définitive bien de la liberté à l'autorité administrative dans la définition de ses obligations puisque non seulement elle n'est généralement astreinte à la motivation que si un texte du pouvoir exécutif l'a voulu lui-même, mais encore il lui est loisible de s'en libérer dans les cas où c'est en vertu d'une norme jurisprudentielle qu'elle y serait soumise.

Sans doute ne peut-on qu'être réticent devant trop d'annulations éventuelles d'actes du seul fait qu'ils n'ont pas été assortis de leurs motifs ; et il est vrai que la différence doit être faite entre les règles qui touchent, telles la procédure consultative, aux modalités mêmes d'élaboration de l'acte, et celles, qui, telle la motivation, relèvent davantage de leur publicité. L'obligation de motiver n'en mérite pas moins un sort meilleur. On l'a vu, ce n'est pas seulement l'information du juge qui est ici en cause.

Section 2

LES IMPLICATIONS DE L'OBLIGATION DE MOTIVATION EXPRESSE DES ACTES ADMINISTRATIFS

Si le Conseil d'Etat s'est généralement montré prudent dans la recherche de cas de motivation obligatoire au-delà de ce que prescrivaient les textes, du moins a-t-il en revanche tenu à donner à cette obligation

(67) Cf. Chapus : « De la valeur juridique des principes généraux du droit », D. 1966, chr. 99, et Braibant, sous C.E., 2 mars 1973, demoiselle Arbousset, R.D.P., 1973, p. 1067, notamment p. 1074.

toute sa portée, lorsqu'elle existait, en la sanctionnant au plan contentieux, et en exigeant le sérieux de sa réalisation.

1) *L'acte administratif qui ne respecte pas l'obligation de motiver — fait bien entendu l'objet de sanctions.* Selon la formule de Gaston Jèze : « L'acte qui n'est pas motivé alors qu'il devait l'être, est présumé ne pas avoir été accompli avec toute la réflexion désirable » (68). Il est donc passible d'annulation pour vice de forme et cela naturellement sans que le juge pousse plus avant son examen de la justification au fond de cet acte, c'est-à-dire, comme le précisent parfois certains arrêts, « même en admettant » cette régularité de fond de l'acte (69), sous la réserve cependant de l'application de la théorie des moyens inopérants propre aux hypothèses de compétence liée.

Le Conseil d'Etat fait d'ailleurs preuve d'une certaine souplesse dans sa sanction. Le simple fait de la connaissance par l'intéressé des motifs de l'acte ne semble certes pas de nature à constituer une excuse à l'absence de motivation de l'acte (70), mais la jurisprudence révèle qu'un acte insuffisamment explicite en tant que tel sur ses motifs peut cependant échapper à une condamnation pour défaut ou insuffisance de motifs « compte tenu des précisions portées à la connaissance (des destinataires de l'acte) » (71).

L'acte qui n'est pas motivé alors qu'il devait l'être risque d'en courir une autre sanction, d'ordre procédural, qui tient à ce que sa publicité, et plus précisément sa notification, pourront ne pas être considérées comme de nature à faire utilement courir le délai de recours pour excès de pouvoir contre les vices de l'acte qui seraient ainsi « cachés », au premier chef desquels une insuffisance même de motivation (72), dans le cadre de la jurisprudence sur les publicités imparfaites (73).

2) *Le contenu même des exigences attachées à l'obligation de motiver est lui-même assez strict.*

On peut dire que de façon générale, motiver, c'est, pour l'auteur de l'acte l'expliquer, et le justifier et donc expliciter ses raisons, en même temps qu'il l'édicte, à son ou ses destinataires.

a) Cette explicitation doit tout d'abord être effective, c'est-à-dire fournir matériellement les fondements justificatifs de l'acte.

(68) Jèze : « Essai sur l'influence des motifs déterminants », R.D.P., 1922.386.

(69) C.E., 19 octobre 1945, dame Vve Musset, Rec. 206.

(70) C.E., 10 janvier 1968, Delle Dantzig, inéd.

(71) Cf. C.E., 10 décembre 1969, Fourel, Rec. 572. — C.E., 1^{er} juillet 1974, Commune de Piscop, Rec. 385.

(72) Cf. C.E., 20 mai 1957, dame de Gontaud-Biron, Rec. 329. — C.E., 23 mars 1960, Ministre de l'Intérieur c. Beigbeder, Rec. (Tab.) 1087. — C.E., 15 juil. 1964, Duquerrois, Rec. 424. — C.E., 9 avril 1976, Imbert (sol. a contrario). — Cf. Odent, cours précité, p. 820.

(73) Odent, cours précité. — Auby et Drago, Traité précité, n° 732. — Isaac, *op. cit.*, n° 610, et aussi, Cabanes et Léger, *chr. de jurispr.*, A.J.D.A., 1973, p. 135.

Cela n'implique d'ailleurs pas en fait nécessairement un grand formalisme. Logiquement, on devrait exiger, selon la formule de M. Odent, dans ses conclusions sur l'affaire Coulon en 1946 que l'acte motivé « se divise en visas, considérants et dispositif » (74). Certes, en principe, la motivation obligatoire astreint à un énoncé des motifs qui fasse corps avec l'acte qu'ils appuient et qui soit présenté donc au sein de l'acte ; le vieil arrêt Maillet de 1892 reprochait par exemple à l'acte litigieux de ne « renfermer » aucun motif (75). La jurisprudence tend cependant à admettre une certaine souplesse dans ses exigences. Dans un arrêt de 1956, on l'a vu juger suffisante la motivation d'un arrêté déclaratif d'utilité publique dès lors que « les visas et le dispositif de l'arrêté font ressortir le but de la procédure entreprise » (76) ; et on a vu plus haut que le juge tempérait la rigueur de sa censure dès lors que l'Administration avait autrement informé les destinataires de l'acte.

Notre droit est plus soucieux de condamner les fausses explicitations de l'acte, consistant par exemple à une seule indication de l'opinion d'une autre instance qui a participé à l'élaboration de l'acte, mais qui n'en est pas l'auteur (77), et plus généralement les motivations indirectes, « par référence » consistant en un renvoi à des avis, propositions ou rapports, mêmes motivés, et au vu desquels l'auteur de l'acte a statué :

Cette question de la motivation par référence a d'ailleurs été l'objet de controverses. Au début du siècle, le Conseil d'Etat avait admis qu'un acte puisse être tenu pour motivé en se limitant à un renvoi à de tels avis ou propositions eux-mêmes assortis de motifs que l'auteur de l'acte s'était alors comme appropriés. Cette solution semblait d'autant plus devoir se maintenir que dans la pratique ces avis ou propositions prennent une place croissante dans le processus décisionnel administratif, et d'ailleurs au cours de l'instruction du recours pour excès de pouvoir, le juge y puise d'ailleurs occasionnellement des informations sur ce qu'ont pu être les causes d'une décision (78).

Cette solution a cependant été abandonnée en 1934 (79) ; et en 1965, la Section du contentieux l'a nettement confirmé, comme le lui proposait son commissaire du gouvernement, Mme Questiaux : un acte n'est pas « motivé » dès lors qu'il « se borne à se référer à l'avis, même conforme d'un organisme purement consultatif » (80).

A cette solution de principe deux exceptions seulement ont été admises : la première résulte de la jurisprudence Graef de 1958 par laquelle le Conseil d'Etat autorise une autorité statuant sur recours hiérarchi-

(74) Odent, concl. précitée sous C.E., 5 avril 1946, Coulon, S. 1946. 3.43.

(75) C.E., 22 janvier 1892, Maillet, Faure et autres, Rec. 40.

(76) C.E., 27 janvier 1956, époux Lemaitre et Wallicker, Rec. 40.

(77) Cf. C.E., 6 mai 1953, Soulet, Rec. 211.

(78) C.E., 17 janvier 1913, Dubois, Rec. 79. — C.E., 4 nov. 1921, Béchu, Rec. 896.

(79) C.E. (S.), 16 novembre 1934, Société générale et unique des ciments, Rec. 1004.

(80) C.E. (S.), 28 mai 1965, demoiselle Riffault, Rec. 315, *Rev. Adm.*, 1965.590, concl. Quetiaux, et aussi C.E., 6 mai 1939, Tromp, Rec. 202. — C.E., 14 juin 1961, Ministère de l'Education nationale contre Pensionnat Saint-Martin de Tours, Rec. (Tab.) 913. — C.E., 12 novembre 1975, Rodes.

que à s'appropriier implicitement les motifs de l'autorité subordonnée dont elle confirme la décision (81). L'autre a concerné les mesures d'épuration prises en vertu de l'Ordonnance du 25 octobre 1944 : conformément aux conclusions de M. Odent, le Conseil d'Etat a alors admis la validité de leur motivation par simple référence à un avis, pourvu qu'en se référant à cet avis, l'auteur de l'acte puisse être considéré comme s'étant véritablement « approprié » les motifs mêmes de cet avis (82). Cette jurisprudence « dame Coulon » s'expliquait d'ailleurs largement par son contexte : dans ses conclusions, M. Odent soulignait qu'en parlant de propositions motivées des commissions d'épuration, « les auteurs de l'Ordonnance du 25 octobre 1944 ont voulu inciter les ministres à se conformer aux propositions dont ils seraient saisis ». En pratique, on doit au demeurant reconnaître que cette solution a été source de difficultés dès lors que le Conseil d'Etat a eu à rechercher dans quelle mesure le ministre pouvait vraiment être réputé s'être approprié les motifs de l'avis visé, par exemple s'il s'avérait qu'il avait statué en fait contrairement à la solution préconisée par l'avis visé (83), ou s'il se référerait à deux avis « fondés sur des motifs divergents » (84).

Cette expérience n'a sans doute pas incité le juge à admettre d'autres cas de motivation par référence. Leur prohibition peut au contraire se recommander de l'idée d'examen individuel de l'affaire par l'autorité même que la loi a investi pour statuer. On verra en effet plus loin comment la jurisprudence attache une grande importance au principe suivant lequel les motifs d'un acte doivent avoir été choisis et élaborés par le titulaire de la compétence, quels que soient les avis dont il puisse ou doive s'entourer avant de statuer ; c'est là une conséquence logique du principe d'indisponibilité des compétences administratives. Or, la motivation par référence ne risque-t-elle pas d'être justement le signe du déclin de cette responsabilité du titulaire de la compétence sur les motifs de son acte ? La motivation personnelle de l'acte est alors une garantie de l'examen effectif de l'affaire par l'agent compétent pour statuer. Dans ses conclusions à l'affaire Delle Riffault, Mme Questiaux donnait d'ailleurs un autre argument à l'appui de cette interdiction des motivations par référence tiré des risques de maladresse et d'imperfection des avis rendus par un organisme collégial consultatif : sur ce plan aussi, la rédaction personnelle des motifs par l'auteur de l'acte est une garantie du « sérieux » de la délibération administrative.

b) La motivation doit, en second lieu, être exhaustive, c'est-à-dire suffisante. Selon la formule des arrêts, la motivation doit permettre au destinataire de déterminer « les considérations de droit ou de fait qui ont constitué le fondement de la décision ».

(81) C.E., 28 mars 1958, Graef, Rec. (Tab.) 815.

(82) C.E. (Ass.), 5 avril 1946 Coulon, Rec. 106, S. 1946.3.45, concl. Odent.

(83) C.E., 1^{er} juin 1951, Oger, Rec. 305. — C.E., 1^{er} octobre 1954, Bigeard, Rec.

494.

(84) C.E., 29 janvier 1947, Brevet, Rec. 35. — C.E., 16 octobre 1946, Charrier, S. 1947. 3.14, et C.E., 29 avril 1955, Fortin, R.P.D.A., 1955, n° 245.

Pour être suffisamment motivée, la décision doit donc exposer toutes les raisons tant de droit que de fait pour lesquelles l'agent s'est estimé fondé à considérer que les conditions mises par la loi à l'exercice de sa compétence étaient effectivement remplies.

En pratique, le juge a eu surtout à lutter contre les formules vagues et imprécises par lesquelles certains agents publics ont cru pouvoir valablement « motiver » leurs actes.

Déjà, Romieu s'en plaignait en 1906 à propos de la manière dont les premiers arrêtés préfectoraux de dérogation à la règle du repos dominical avaient réalisé la motivation imposée par la loi ; trop souvent constatait-il dans ses conclusions aux affaires Jacquin et autres, les arrêtés de refus avaient été motivés simplement « par une formule de style affirmant » que l'établissement ne satisfaisait à aucune des conditions édictées par la loi » ; « quelques uns même de ces arrêtés, ajoutait-il, sont de simples feuilles de papier sur lesquelles tout est imprimé, le dispositif et les motifs consistant dans cette formule « passe-partout », sauf le nom de l'industriel qui a été laissé en blanc pour être inscrit à l'encre » (85).

Le juge a justement censuré cette pratique. La motivation de l'acte n'a certes pas besoin d'être longue. Elle n'en doit pas moins relever les considérations précises et les faits propres à l'espèce au nom desquels l'agent a considéré qu'il était fondé à user de ses pouvoirs. En matière de sanction disciplinaire par exemple, il ne saurait suffire que l'auteur de l'acte évoque la « faute » commise par l'agent, mais il doit encore préciser les griefs qui lui sont reprochés (86) ; lorsqu'un acte déclaratif d'utilité publique est soumis à motivation, cet acte doit naturellement faire état du projet précis qui est considéré comme d'utilité publique et qui justifie la mesure d'expropriation litigieuse (87) ; pour motiver un retrait de publicitaire pour une spécialité pharmaceutique, le Conseil d'Etat n'a même pas considéré comme suffisant que l'acte se fonde sur le fait que « les textes publicitaires » comportaient des indications thérapeutiques, mais il aurait encore fallu, selon un arrêt de 1948 que l'acte relève « les inconvénients que pouvaient présenter pour la santé publique les textes publicitaires dont il s'agit » (88). A plus forte raison, ne peut-il admettre une motivation qui se bornerait à disposer que « les conditions exigées par la loi » sont remplies (89) ; de même, lorsqu'une autorité administrative a à apprécier la portée à attribuer à une situation de fait, elle ne saurait « motiver » son acte par simple référence à cette situation, « sans donner aucun autre motif » (90).

(85) Romieu, concl. sous C.E., 30 novembre 1906, Jacquin, et autres, Rec. 878.

(86) C.E. (Ass.), 3 décembre 1937, Doriot, Rec. 991. — C.E. (S.), 13 octobre 1933, Poirion, Rec. 917.

(87) C.E., 10 juillet 1954, demoiselle de Bresson, Rec. 470. — C.E., 27 janvier 1956, époux Lemaître et Wallicker, Rec. 40.

(88) C.E. (Ass.), 27 février 1948, Soc. des Laboratoires du Bac (7^e esp.), D. 1948.559.

(89) C.E., 12 février 1975, Morizot, et aussi C.E., 1^{er} juillet 1974, Commune de Piscop, Rec. 385, et aussi C.E., 14 mars 1951, Pelen, R.D.P., 1951.1125.

(90) C.E., 13 février 1970, Soc. Neuilly-Ancelle, Rec. 114, A.J.D.A., 1970.694.

Ainsi l'intéressé peut-il s'estimer informé, et aussi le juge, sur les fondements d'un acte ; et ainsi sa contestation est-elle devenue opérationnelle.

Le seule mention que le juge n'exige pas à peine de nullité est celle des textes mêmes dont il est fait application (90 bis) ; l'absence de censure de cette omission éventuelle des « visas » rejoint d'ailleurs l'excuse dont il faut bénéficier parfois, comme on le verra plus loin, les erreurs dont ces visas pourraient être entachés (90 ter). En pratique d'ailleurs, cette connaissance de la base légale proprement dite de l'acte ne soulève que très rarement de difficultés ; c'est d'elle que les agents publics font le plus volontiers état dans la pratique à l'appui de leur décision ; en tout état de cause, elle ressort généralement du contenu même de l'acte attaqué.

En revanche, il est intéressant de voir les exigences du juge s'accroître à l'égard des actes qui ont été précédés d'une demande argumentée de la part des intéressés. En tel cas le Conseil d'Etat exige en effet de l'acte qu'il réponde aux moyens dont l'Administration avait été saisie. En matière de remembrement rural par exemple on aura vu le juge reprocher à une commission « de n'avoir pas analysé (dans ses motifs) les observations présentées devant elle » (90 quater).

Par là, la règle de motivation contribue-t-elle non seulement à l'information du juge de l'excès de pouvoir, mais encore à contraindre l'Administration à ce minimum de « prudence et diligence professionnelle » qu'Hauriou souhaitait lui voir insuffler par la voie du recours pour excès de pouvoir. En cela, la règle de motivation est bien un instrument irremplaçable même s'il est, comme on va maintenant le voir, des palliatifs aux limites que connaît encore son champ d'application.

(90 bis) C.E. 26 juin 1953, Destruiseux, Rec. 319. Cf. Auby et Drago, *op. cit.*, tome 2, n° 1084.

(90 ter) Voir *infra*, p. 87.

(90 quater) C.E. 20 mai 1957 dame de Gontaud-Biron, Rec. 329. — Cf. C.E. 4 juin 1951 cons. Robois, Rec. 314. Cf. aussi en matière de réglementation des professions : C.E. 19 avril 1963 Ministre de la Santé Publique c. Favre, Rec. (T) 808, et, même jour, Ministre de la Santé Publique c. Chevallier, Rec. (T) 809.

CHAPITRE II

LA RECHERCHE PAR LE JUGE DES MOTIFS DE L'ACTE PENDANT L'INSTRUCTION

La poursuite de la recherche par le juge des motifs des décisions administratives pendant l'instruction du recours pour excès de pouvoir est la conséquence logique de l'absence d'une obligation générale de motivation expresse de ces décisions.

Si en effet le Conseil d'Etat n'a pas systématisé cette obligation, il n'entend pas pour autant renoncer à son contrôle lorsque d'autre part l'Administration n'a pas motivé spontanément son acte.

Justement, le Conseil d'Etat possède désormais les moyens de connaître ou d'obtenir la connaissance des motifs des actes déferés devant lui (section 1) ; et on sait qu'il sanctionne le refus ou l'incapacité de l'Administration à l'informer effectivement sur les motifs de ses décisions (section 2).

Section I

LES MOYENS DE CONNAISSANCE PAR LE JUGE DES MOTIFS DES ACTES DEFERES DEVANT LUI, ET NON MOTIVES

Dans un premier temps, il pourra s'agir de l'exploitation par le juge du dossier de l'affaire et des observations fournies par l'Administration ; surtout, il pourra s'agir, si cette première recherche s'avère infructueuse, d'une véritable demande de communication par l'Administration des raisons pour lesquelles elle a pris telle ou telle décision.

1) L'exploitation du dossier et les observations de l'Administration.

Cette recherche quelque peu informelle constitue un moyen classique pour le juge d'appréhender les causes d'un acte administratif.

Ainsi voit-on le juge déterminer les motifs de l'acte grâce au contenu des divers documents qui l'accompagnent, comme par exemple le procès-verbal de délibération de l'organe qui a statué (91), un rapport ministériel précédant le décret attaqué (92), un avis consultatif dont l'auteur s'est approprié les motifs (93), ou la lettre de notification de la décision (94).

Dès l'introduction du recours, il arrive également que l'Administration énonce des motifs par l'intermédiaire de ses observations en réponse à la communication qui lui a été faite du pourvoi ; les motifs qui sont alors fournis sont naturellement tenus par le juge comme étant a priori ceux qui ont déterminé l'émission de l'acte (95) ; le contenu de ces observations peut également servir à corroborer le contenu plus ou moins incertain des pièces du dossier quant aux causes et fondements de la décision attaquée (96).

Cette exploitation de l'environnement de l'émission de l'acte est d'ailleurs traditionnelle dès lors qu'il s'agit d'établir des détournements de pouvoir que l'auteur de l'acte n'avouerait évidemment pas, mais qui pourraient ressortir aussi bien du « comportement » de l'autorité administrative (97), que les conditions et circonstances dans lesquelles l'acte a été édicté (98), selon un mécanisme qui s'apparente à un jeu de présomptions.

Cependant, l'hypothèse subsiste où le juge est bien obligé de constater, comme dans l'arrêt Daudens de 1968, que « les pièces du dossier... ne contiennent aucune indication sur les motifs... », et que, d'autre part « ni dans ses observations devant le Tribunal Administratif..., ni dans ses observations devant le Conseil d'Etat, le Ministre n'a fait connaître les motifs » de l'acte en cause (99), ou bien, l'Administration aura certes fait connaître quelques motifs, mais « formulés », aux yeux du juge, « en termes trop généraux pour permettre à la juridiction administrative d'exercer son contrôle sur la légalité de la décision attaquée » (100). Le contexte de l'affaire ne permet pas non plus toujours

(91) Par ex. C.E. (S.), 5 novembre 1965, *Ministre de l'Education Nationale c. Marion*, Rec. 587. Cf. aussi C.E., 22 décembre 1943, *Aby Kane Diallo*, Rec. 300.

(92) Par ex. C.E. (Ass.), 4 janvier 1935, *Asso. Amicale du Corps des Ingénieurs de l'Aéronautique*, S. 1936.3.46, et C.E. (Ass.), 4 avril 1935, *Pujo, de Lassus, Real del Sarte*, S. 1936.3.42, concl. Andrieux.

(93) C.E., 17 novembre 1961, *Anisset*, Rec. (Tab.) 1137. — C.E., 17 janvier 1975, *Ministre des Affaires culturelles c. époux Lapeyre*, Rec. 31.

(94) C.E., 7 juillet 1950, *Œuvre de Saint-Nicolas*, R.D.P., 1951.519.

(95) Par ex. C.E., 1^{er} avril 1938, *Société anonyme « Hôtel d'Albe » et consorts*, S. 1939.3.36. — C.E. (Ass.), 30 janvier 1959, *Grange*, Rec. 85, concl. Chardeau.

(96) Par ex. C.E. (S.), 5 novembre 1965, *Ministre de l'Education Nationale c. Marion*, Rec. 587.

(97) Par ex. C.E., 2 mars 1973, *Ministre de l'Equipeement et Logement c. Soc. Civ. Immobilière « La Tour de Malakoff »*, Rec. 184. — C.E. (S.), 13 novembre 1970, *Lambert*, Rec. 664.

(98) Cf. C.E., 31 octobre 1973, *dame Gille*, Rec. 605. — Cf. *Lemasurier* : « La preuve dans le détournement de pouvoir », R.D.P., 1959, p. 1.

(99) C.E., 10 janvier 1968, *Daudens*, Rec. 24, A.J.D A., 1968.2.297.

(100) C.S. (S.), 26 janvier 1968, *Société Maison-Genestal, préc.*, Rec. 62, concl. Bertrand.

avec certitude d'imputer des causes précises à la décision, et il apparaîtrait en tout cas anormal qu'a priori ce soit au requérant d'établir les causes de l'acte. On verra qu'il lui appartient logiquement de démontrer que celles qui lui ont été données par son auteur ne sont pas les réels motifs de son émission (101) ; il n'est en revanche pas naturel bien évidemment qu la preuve du contenu des motifs de l'acte repose entièrement sur ceux qui en contestent le bien-fondé.

2) La demande par le juge à l'Administration de communication des motifs de ses actes.

Pour exceptionnel qu'il soit en pratique, le défaut d'explicitation même indirecte de son acte par l'Administration n'en est pas moins inadmissible. Le tolérer, même marginalement n'aboutirait qu'à encourager l'Administration à semblable silence dilatoire, alors que justement les circonstances et les raisons de ce silence sont généralement peu excusables.

Ainsi voit-on tout d'abord l'Administration « se taire » lorsque les véritables motifs qui l'ont déterminé à statuer sont en eux-mêmes « inadmissibles » : il s'agit alors d'actes pris à des fins entachées de détournement de pouvoir que l'agent n'est même pas parvenu à masquer par une apparence de justification. Ce silence peut également traduire la volonté de l'Administration de revendiquer et de se réserver en la matière un très large pouvoir discrétionnaire dont le rempart le plus solide lui paraît justement consister dans le refus de toute explicitation des causes de droit et surtout de fait de son acte : l'autorité exécutive se retranchera alors derrière l'absence d'obligation légale de motiver son acte (102), ou prétendre encore n'avoir fait « qu'user des pouvoirs qu'elle tenait » de la loi (103), à moins qu'elle ne se contente d'alléguer de très vagues considérations générales qui lui paraissent en harmonie avec les larges pouvoirs d'appréciation auxquels elle prétend (104). Elle méconnaît alors en tout état de cause le droit du juge à exercer un contrôle même réduit sur les motifs de ses actes. Ce silence ne serait d'ailleurs pas davantage excusable quand elle ne tiendrait qu'à la négligence de l'Administration et à la mauvaise tenue de ses dossiers.

Les difficultés de preuve du requérant sont alors en fait largement atténuées par une intervention du juge auprès de l'Administration afin d'être grâce à elle et à ses explications, « mis à même » d'exercer son contrôle du bien-fondé de l'acte qui lui est déféré.

Techniquement, cette demande du juge s'inscrit dans la perspective de la procédure contentieuse inquisitoriale suivie devant les juridictions administratives. En effet, le juge administratif dirige lui-même

(101) Cf. *infra*, titre 2, chapitre 2.

(102) Cf. par ex. dans l'affaire Daudens, *préc.*

(103) Par ex. T.A. Lyon, 4 décembre 1958, Burnichon, Rec. 846. — C.E., 8 nov. 1972, Colonna, Rec. 719.

(104) Par ex. C.E., 12 mars 1975, Ville de Pau, Rec. 187. — C.E., 22 janvier 1975, Commune de Vallon-Pont d'Arc, Rec. 43.

l'instruction : suivant la formule de M. Letourneur dans ses conclusions à l'affaire Barel, « il en est le maître » (105) ; et on verra plus loin à propos de l'erreur de fait comment le juge de l'excès de pouvoir a pu, par ce moyen, s'assurer un droit de contrôle de même d'intervention dans l'administration des preuves (106).

C'est au nom de ce caractère inquisitorial de la procédure que le Conseil d'Etat s'est explicitement reconnu, et cela dès 1936, le pouvoir « d'exiger de l'Administration compétente la production de tous les documents susceptibles d'établir sa conviction » : dans cette affaire Couespel-du Mesnil, il s'agissait de déterminer si certaine mesure d'admission à la retraite d'office n'avait pas en réalité un caractère disciplinaire « en raison des circonstances de fait qui l'avaient accompagnée » (107).

L'affirmation progressive par le juge de son droit à la connaissance des motifs de l'acte donnera bientôt une portée pratique décisive à ce pouvoir d'instruction. Déjà, en 1937, ce « droit » était reconnu par l'arrêt Bury : le Conseil d'Etat y annulait en effet des promotions d'agents publics au seul motif qu'« aucune pièce du dossier ne faisant connaître les raisons de service » de ces décisions, le juge « n'est pas mis à même d'exercer son contrôle sur la régularité des nominations dont il s'agit » (108). Le reproche adressé par le juge à l'Administration est donc très direct ; on se plaira aussi à relever que, comme dans l'affaire Trépond, et comme dans l'affaire Couespel-Dumesnil, c'est dans le contentieux de la fonction publique que le juge a inauguré ses formules de censure les plus audacieuses.

L'arrêt Barel, lui aussi justement relatif à la fonction publique, placera définitivement les pouvoirs inquisitoriaux du juge au service de sa connaissance des motifs de l'acte. La consécration du « contrôle minimum » d'erreur de fait, d'erreur de droit et de détournement de pouvoir, également réalisée par ce fameux arrêt justifiait plus particulièrement la mise au point de nouvelles garanties d'information du juge. Comme l'avait souligné M. Letourneur dans ses conclusions « l'existence d'un contrôle du juge implique nécessairement la possibilité pour ce dernier d'exercer effectivement ce contrôle » (109).

Dans l'affaire Barel, le Conseil d'Etat avait ainsi réclamé à l'Administration « l'ensemble des pièces, rapports, et documents au vu desquels » le secrétaire d'Etat s'était cru fondé à refuser la candidature du sieur Barel et autres au concours d'entrée à l'E.N.A.

(105) Concl. Letourneur, préc. — Voir Odent : « Cours de contentieux administratif », 1970-1971, pp. 702. — Colson : « L'office du juge et la preuve dans le contentieux administratif », L.G.D.J., 1970. — Pactet : « Essai d'une théorie de la preuve devant la juridiction administrative », 1952. — Voir aussi Denoix de Saint-Marc et Labetoulle : « Les pouvoirs d'instruction du juge administratif », E.D.C.E., 1970, pp. 69 ss.

(106) Voir *infra*, II^e partie, titre 1, chapitre I.

(107) C.E. (S.), 1^{er} mai 1936, Couespel du Mesnil, Rec. 485 (et pour la suite de cette affaire, C.E. (S.), 6 novembre 1936, Couespel du Mesnil, Rec. 965).

(108) C.E. (S.), 8 janvier 1937, Bury, Rec. 22 ; et aussi C.E., 22 juillet 1936, Forges, Rec. 832.

(109) Concl. Letourneur, préc.

En 1968, l'arrêt « Maison-Genestal » parlera plus précisément encore de la nécessaire « indication par le Ministre concerné des raisons de fait et de droit » de la décision par laquelle le requérant s'était vu refuser un agrément fiscal (110).

On remarquera que ce n'est pas à l'auteur de l'acte ès qualité que le juge adresse sa demande, mais à l'autorité hiérarchique dont il dépend. Ainsi, pour les actes pris par un agent du pouvoir central, c'est au ministre dont relève cet agent que le juge s'adresse. L'arrêt Coulon y a insisté en 1955 en faisant valoir que « le Ministre a seul qualité pour représenter l'Etat dans les instances engagées devant les tribunaux administratifs » ; dans ses conclusions à cette affaire M. Grevisse considérait d'ailleurs « plus rationnel de respecter (ainsi) l'unité de l'Administration » (111).

Depuis 1954 le Conseil d'Etat a plusieurs fois mis en œuvre cette demande d'indication des motifs de l'acte dont il a simultanément peu à peu défini le régime.

La question s'est en effet posée de savoir si la « jurisprudence Barel » n'était pas soumise dans sa mise en œuvre à certaines conditions (A), et si, d'autre part, l'Administration n'avait pas le droit d'opposer certains « secrets » à la demande du juge de communication des motifs de ses actes (B).

A) Les conditions de mise en œuvre de la demande de communication des motifs.

L'arrêt Barel semblait y apporter en effet des conditions que ses commentateurs se plurent à souligner : il faisait ainsi référence aux « circonstances et faits précis » avancés par le requérant et constituant selon lui des « présomptions sérieuses » qu'un motif illicite avait été à l'origine des décisions ministérielles litigieuses ; la suite de l'arrêt liait apparemment la décision du juge de recourir à la demande de production du dossier au fait qu'en dépit de ces allégations précises du requérant l'Administration n'avait apporté de son côté aucun élément qui put faire penser que des motifs corrects avaient inspiré ces décisions.

Dans ses conclusions, M. Letourneur s'était d'ailleurs référé à cette condition des « allégations » : « si le requérant, disait-il, se borne à des affirmations et à de vagues allégations que le Ministre compétent de son côté dénie purement et simplement, le Conseil d'Etat peut ne pas demander au dit Ministre des explications et des justifications ».

Cette solution pouvait se recommander d'un souci pratique d'économie de ses moyens de contrainte par le juge qui ne déclencherait ses pouvoirs d'instruction que si vraiment la requête est sérieuse et lui paraît mériter une sollicitude particulière. Elle rationalisait égale-

(110) C.E. (S.), 26 janvier 1968, Société Maison-Genestal, préc.

(111) C.E., 11 mars 1955, Sec. Etat à la Guerre c. Coulon. Rec. R.D.P., 1955.985, concl. Grevisse, D. 1955.J.555, note de Soto et Leaute.

ment le jeu de la sanction apportée par le juge au silence de l'Administration, c'est-à-dire la présomption de véracité des allégations du requérant, et donc l'annulation de l'acte, compte tenu de la grossière illicéité des motifs généralement dénoncés par lui comme étant ceux de l'acte : le fait que le juge ait exigé préalablement de ces allégations qu'elles soient sérieuses évite que sa censure de l'acte n'apparaisse comme excessive, tant il est vrai qu'en principe toute décision est présumée régulière et que, comme on l'a écrit, « parce que l'Administration ne défend pas son œuvre, cela ne suppose pas toujours qu'elle soit entachée d'illégalité » (112) ; cette espèce de garantie préalable du juge quant au sérieux des allégations du requérant lui permettait ainsi de tirer des conséquences draconiennes du silence de l'Administration, et de réaliser du même coup une sanction très spectaculaire, mais non point nécessairement sommaire, du mauvais vouloir et de la résistance de l'Administration à l'explicitation des motifs de ses actes.

Bien que les conclusions de M. Letourneur ne fissent de ces « allégations précises » du requérant qu'une condition éventuelle de l'intervention du juge, la jurisprudence ultérieure parut dans un premier temps systématiser en ce sens l'acquit de la « jurisprudence Barel ». Deux mois après cet arrêt, le Conseil d'Etat rejetait justement une requête du sieur Cordelet qui mettait lui aussi en cause un refus non motivé d'admission à concourir à l'E.N.A. : l'arrêt précisait alors « qu'il n'est pas établi par le requérant que l'auteur de la décision ait fondé celle-ci sur un motif erroné », et que « le sieur Cordelet se borne à faire valoir... qu'il remplissait les conditions d'aptitude requises » (113) ; En 1955, de la même façon, le commissaire du gouvernement, M. Heuman renonçait à envisager une demande de production du dossier dans une affaire concernant le retrait d'autorisation d'une association étrangère, en faisant valoir devant la Section du Contentieux, que « le moyen tiré d'inexactitude matérielle n'est assorti d'aucune présomption sérieuse » (114).

Cette politique jurisprudentielle devait cependant être critiquée.

Et, dans les années 1959-1960, le Conseil d'Etat l'assouplit justement, à l'occasion de l'affaire Vicat-Blanc.

Le problème était encore celui d'un refus ministériel d'autorisation de se présenter au concours de l'E.N.A., et la « victime » de cette décision porta sa requête en excès de pouvoir devant le Tribunal Administratif de Paris. Or, faute peut-être que son cas ait connu les répercussions parlementaires de l'affaire Barel, le sieur Vicat-Blanc était loin d'être en mesure de faire état des présomptions qui en 1954 avaient conduit le juge à suspecter les motifs politiques des décisions incriminées. Le commissaire du gouvernement près le Tribunal de Paris devait ainsi re-

(112) Copper-Royer, obs. sous C.E., 2 nov. 1956, dame Barland, A.J.D.A., 1957.2.2.

(113) C.E., 9 juillet 1954, Cordelet, Rec. 439, A.J.D.A., 1954.2.397.

(114) Concl. Heuman s. C.E. (S.), 22 avril 1955, Association franco-russe dite Romsky-Dom, *Rev. Adm.*, 1955.404. — Cf. aussi T.A. Lyon, 4 décembre 1959, Burnichon, Rec. 846, qui se réfère précisément aux allégations de la requête « appuyées sur des circonstances et sur des faits constituant des présomptions sérieuses ».

connaître qu'en réalité, le requérant « ne cite aucun écrit, aucun acte, aucune parole de l'Administration qui viendrait donner consistance à son grief et ferait naître une présomption d'excès de pouvoir » (115). Le tribunal enjoignit tout de même à l'Administration de produire les pièces du dossier. Dans son jugement avant-dire droit le tribunal précisait en outre la raison de cet assouplissement de la jurisprudence Barel : selon lui, l'exceptionnelle discrétion de l'Administration expliquait que les « circonstances » invoquées par le requérant demeurent « nécessairement imprécises » (116). Dans le même esprit, le commissaire du gouvernement Sauzet avait véritablement fait le procès de la condition des « présomptions » : « on aboutirait, disait-il, à des absurdités : il suffirait qu'un requérant fasse état de faits imaginaires et difficilement contrôlables pour faire naître une présomption d'excès de pouvoir. A l'inverse, il suffirait au Ministre de rester muet et passif et de se soustraire à toute demande d'explication pour se soustraire au contrôle du juge ».

Dans son arrêt du 21 décembre 1960, le Conseil d'Etat rejeta le recours formé par le Premier Ministre contre le jugement de Paris qui avait finalement annulé la décision litigieuse ; l'arrêt constate, aussi bien, que le Tribunal n'avait fait qu'user du « pouvoir qui lui appartient de requérir de l'Administration la production de tous les documents susceptibles d'établir la conviction du juge » (116 bis). La doctrine s'est alors demandée si la jurisprudence Barel avait vraiment été modifiée, ou si l'on n'en avait pas initialement fait une interprétation trop systématique : M. Chapus s'étonnait par exemple qu'un arrêt de sous-sections, comme dans l'affaire Vicat-Blanc, ait pu revenir de manière aussi radicale sur l'arrêt Barel émané de l'Assemblée du contentieux (117).

Il apparaît bien que de toute façon ce soit la doctrine illustrée par l'arrêt Vicat-Blanc qui tende à triompher dans la pratique.

Cela n'est pas à dire que la mise en œuvre de la communication des motifs apparaisse désormais comme régie par un automatisme systématique.

La formulation des arrêts dépend évidemment des espèces, et le juge insistera tout naturellement sur la gravité des présomptions apportées par le requérant, s'il en est (118), tandis que d'autres arrêts se borneront à souligner que la demande du juge a lieu « compte tenu, d'une part des moyens présentés... d'autre part de la teneur des réponses ministérielles » (119) ou « compte tenu de l'argumentation de la société

(115) T. A. Paris, 6 nov. 1959, Vicat-Blanc — A.J.D.A., 1960.II.360, concl. Sauzet.

(116) Cf. le jugement avant-dire droit du T. A. en date du 15 octobre 1958, cité dans les concl. Sauzet précitées.

(116 bis) C.E., 21 décembre 1960, Vicat-Blanc, Rec. (Tab.) 1093, A.J.D.A., 1961.2.168, note V. S., D. 1961.421, note Chapus.

(117) Chapus, note précitée, D. 1961.421.

(118) C.E., 9 mai 1973, Monbouyran, Rec. 328.

(119) C.E., 20 novembre 1968, Ministre des Armées contre sieur Anger, Rec. 580.

requérante » (120) : en tout cas, le Conseil d'Etat ne semble pas exiger a priori l'apport de réelles présomptions selon lesquelles l'auteur de l'acte se serait déterminé sur la base de motifs incorrects (120 bis).

Pour autant, et inévitablement, le juge est amené à tenir compte au moins de la pertinence juridique des moyens avancés par le requérant et à renoncer à user de ses pouvoirs dès lors que cette pertinence paraîtrait insuffisante à une remise en cause éventuelle de l'acte, et c'est pourquoi, avec M. Colson, il conviendrait davantage de parler d'une condition de l'« allégation claire » (121).

Le rôle et les « charges » imposés au requérant redeviendraient d'ailleurs inévitablement plus importants dès lors que l'Administration aurait fourni certaines justifications à son acte, et que le requérant, sans en contester la valeur, les dénoncerait comme des « trompe-l'œil » et de pures apparences destinées à cacher l'inspiration irrégulière de cet acte. En tel cas, le juge ne renoncera sans doute pas à aider le requérant, mais il est évident qu'il attendra de lui un apport critique plus considérable, mesuré, au demeurant, au sérieux et au poids mêmes des justifications avancées par l'Administration (122). Mais il n'y a pas de raison d'exiger a priori du requérant des allégations d'une densité supérieure à celle des propres allégations de l'autorité administrative à l'appui de ses actes.

B) Le problème de l'opposabilité de certains secrets à la demande du juge.

C'est là au fond la question du droit de l'Administration à taire parfois, sinon le motif juridique même de son acte, du moins les faits, raisons et impératifs qui étayent ce motif, ou à refuser communication de documents nécessaires au juge, au nom de ses secrets.

Il ne saurait naturellement s'agir de la « raison d'Etat », du « secret politique » ou d'une quelconque inopportunité de divulgation : aucun document interne à l'Administration ne peut normalement être refusé au juge de l'excès de pouvoir (123), sauf, semble-t-il, des correspondances diplomatiques mettant en cause des puissances étrangères (124). Mais l'Administration peut se trouver dépositaires de véritables secrets que la loi lui fait obligation de préserver, et il s'agira des secrets de la défense nationale énoncés à l'art. 78 du Code Pénal, ainsi que des secrets professionnels, essentiellement médicaux, qui relèvent de l'art. 378 du Code Pénal, et que ses fonctions l'amènent à détenir.

(120) C.S. (S.), 26 janvier 1968, Soc. Maison Genestel, Rec. 62, concl. Bertrand, précité.

(120 bis) Cf. par ex. C.E., 8 novembre 1972, *Ministre de la Santé Publique c. Colonna*, Rec. 719, T. A. Rennes, 22 novembre 1972, *Diraison*, Rec. 930.

(121) Colson, *op. cit.*, p. 124.

(122) Par ex. C.E., 22 janvier 1975, *Commune de Vallon-Pont d'Arc*, Rec. 43.

(123) Cf. T. A. Constantine, 4 mars 1961, R... c. *Ministre des Armées*, D. 1961.335, note Bourdoncle.

(124) C.E., 23 décembre 1904, *Poujade*, Rec. 871. — Cf. Auby et Drago, *Traité précité*, n° 1338.

Plusieurs affaires dont une affaire de licenciement d'agents de la Défense en 1953, et le contentieux relatif aux causes médicales d'annulation des permis de conduire, ont alors fourni au juge l'occasion de préciser ce que sont, en telle occurrence, ses pouvoirs et leurs limites, et comment se concilient les nécessités de son contrôle, avec les impératifs de tels secrets (125).

1) La jurisprudence du Conseil d'Etat reconnaît la légitimité de principe de l'opposabilité des secrets légaux à l'exercice de ses pouvoirs d'instruction.

L'arrêt Coulon de 1955 l'a nettement reconnu : « il appartient aux tribunaux administratifs, saisis d'un recours dirigé contre une décision administrative de requérir des Administrations la production de tous documents qu'ils jugent de nature à permettre la vérification des allégations du requérant, à la seule exception de ceux dont la communication est exclue par une prescription législative, et notamment par l'article 78 du Code Pénal » (126).

L'opposabilité de ces secrets légaux à la demande juridictionnelle de communication des motifs semble effectivement justifiée. Ces secrets correspondent en effet à un intérêt d'ordre public et général que des considérations tirées de l'efficacité du recours contentieux ne paraissent pas en elles-mêmes de nature à faire fléchir. On doit d'ailleurs noter que sauf hypothèses déterminées par la loi le Code Pénal n'en prévoit pas la communication aux organes juridictionnels autres que ceux qui sont directement concernés (127). Cette solution en matière de communication des motifs se justifierait d'autant plus que le caractère contradictoire de la procédure obligerait à ce que les documents « secrets » fournis au juge soient également communiqués au requérant, et tombent de ce fait pratiquement dans le domaine public. Le Conseil d'Etat devait pour cette raison refuser le moyen terme qui aurait consisté à autoriser la communication des pièces couvertes par un secret légal aux seuls membres du Tribunal siégeant en Chambre du conseil : cette solution avait été retenue par le Tribunal Administratif de Caen devant lequel l'Administration opposait le secret de la Défense Nationale pour refuser toute explication sur les motifs de la résiliation du contrat d'un employé de bureau travaillant dans un atelier de fabrication militaire (128).

(125) Cf. Colson, *op. cit.*, p. 138. — Odent, cours précité, p. 711. — Chaudet, *op. cit.*, p. 437. — Moderne : « Le secret médical devant les juridictions administrative et fiscale », A.J.D.A., 1973.404.

(126) C.E. (Ass.), 15 mars 1955, Coulon, Rec. 150, R.D.P., 1955.985, concl. Grévisse, D. 1955.555, note de Soto et Leauté, A.J.D.A., 1955.2.181, obs. Long.

(127) Ainsi, les juridictions chargées de punir la divulgation des secrets de la Défense Nationale peuvent naturellement recevoir communication de ces secrets ; « C'est d'ailleurs pourquoi observait en 1955 M. Grévisse, l'art. 78-4° C.P. tient pour secrets de la Défense Nationale les débats devant ces juridictions » (concl. sous C.E., 11 mars 1955, Coulon, précédentes).

(128) C.E. (Ass.), 11 mars 1955, Coulon précité, note 126.

Sans ignorer ces difficultés et ces obstacles, la jurisprudence du Conseil d'Etat a cependant été également sensible aux nécessités du contrôle de la légalité des actes administratifs ; c'est en effet ici le principe même et l'existence d'un contrôle juridictionnel qui sont en cause. Finalement, la solution retenue par les juges du Palais-Royal est une solution nuancée qui concilie le respect dû aux secrets légaux et le principe non moins fondamental du droit du juge à la connaissance des motifs de l'acte.

2) A ce principe de l'opposabilité des secrets légaux, le Conseil d'Etat apporte ainsi d'importants aménagements qui réservent sa propre indépendance vis-à-vis de l'Administration active dont il est le censeur.

Par exemple, le juge n'exclut pas que des informations qu'il ne saurait recevoir directement, lui soient communiquées par ceux-là mêmes dans l'intérêt desquels le secret avait été posé. En pratique, il s'est alors reconnu le droit de prescrire la communication d'un diagnostic médical à l'intéressé lui-même qui pourra ensuite le lui communiquer librement. Cette solution a été admise en 1969 dans l'affaire Gougeon où l'Administration avait refusé de communiquer les raisons précises d'aptitude physique qui avaient motivé l'annulation préfectorale d'un permis de conduire (129).

En outre, lorsque l'Administration se retranche derrière un secret légal, et quand bien même elle y serait parfaitement fondée, le juge ne renonce pas pour autant à statuer : selon la formule de l'arrêt Coulon, « il lui appartenaient... de joindre cet élément de décision à l'ensemble des données fournies par le dossier pour former sa conviction sur les points en litige ». En pratique, le juge risque de ce fait d'être conduit à tirer des conséquences défavorables du silence administratif. En 1963, par exemple, le Conseil d'Etat a annulé un acte dont l'Administration avait refusé de communiquer un acte au nom du secret de la Défense Nationale (130).

De façon générale, le juge considère en effet que le secret ne saurait couvrir l'ensemble de l'affaire et que tout en réservant les documents ou faits secrets, l'Administration peut fort bien fournir au juge un minimum d'explicitation des motifs de ses actes.

La rigueur de cette solution permet de conclure qu'il n'existe pratiquement aucun droit pour l'Administration à taire les motifs de ses actes.

(129) Cf. C.E., 24 oct. 1969, *Ministre de l'Équipement et Logement c. Gougeon*, Rec. 457, D. 1969.732, concl. Guillaume, A.J.D.A., 1969. 689, obs. Denoix de Saint-Marc et Labetoulle, R.D.P., 1970.394, chr. Waline, et C.E., 12 novembre 1969, *Pasquier*, Rec. 495, R.D.P., 1970.394, chr. Waline, A.J.D.A., 1969.689, obs. Denoix de Saint-Marc et Labetoulle, sur les suites de l'affaire Pasquier : C.E., 20 juillet 1971, *Pasquier*, Rec. 562, A.J.D.A., 1971.529, chronique Labetoulle et Cabanes.

(130) C.E., 2 octobre 1963, *Houhou*, Rec. 468. -- Cf. aussi T. A. Paris, 7 janvier 1959, *Benouali*, Rec. 738. — T. A. Caen, 16 juillet 1959, *Ziani*, Rec. 838, et cf. les concl. de M. Braibant sous C.E. (S.), 11 mai 1962, *Foucher-Creteau*, Rec. 319.

La demande juridictionnelle de communication des motifs fait dès lors figure de « dernière chance », donnée à l'Administration pour s'expliquer sur les causes de sa décision, sinon même de dernière « sommation » avant que le juge ne censure d'une façon ou d'une autre l'acte juridique sur lequel l'autorité exécutive s'est refusé à toute explication.

Section II

LES SANCTIONS DU JUGE EN CAS DE REFUS DE L'ADMINISTRATION DE COMMUNIQUER LES MOTIFS DE SES ACTES

1) De telles sanctions sont d'abord prévues par les textes eux-mêmes dans le cas particulier où le « défendeur » administratif est « réputé avoir acquiescé aux faits exposés dans la requête » dès lors qu'après mise en demeure il a négligé de répondre à la communication qui lui a été faite du pourvoi. Cet acquiescement résulte de l'article 56 de l'Ordonnance du 31 juillet 1945 et existe aussi devant les tribunaux administratifs (art. R. 113 du Code des T.A.). Ces dispositions sont utilisables dans l'ensemble du contentieux (131), et le juge en a fait d'originales applications pour la détermination du contenu des motifs de l'acte litigieux : en 1954, par exemple, le Conseil d'Etat devait se référer aux allégations de la requête, « dont le Ministre doit être réputé avoir admis l'exactitude » pour en déduire les motifs de droit d'un arrêté portant liquidation de la pension du requérant (132) ; de même, en 1957, le Tribunal Administratif de Caen fut-il amené par le même mécanisme à « réputer constante l'affirmation du sieur Coulon... selon laquelle la décision attaquée est motivée en fait par une activité syndicale et politique » (133).

L'application de cet « acquiescement » de l'Administration demeure cependant en la matière forcément limitée. Il suppose d'abord que le requérant soit en mesure d'alléguer des motifs précis comme ayant été ceux de l'acte qu'il attaque, et le juge attend de ces allégations qu'elles soient au moins plausibles : ainsi, dans l'arrêt Mellon de 1954, le Conseil d'Etat souligne, comme il le fait généralement lorsqu'il recourt à l'art. 56, que les allégations de la requête « ne sont

(131) Cf. Liet-Vaux : « La justice au ralenti », D. 1948. Chr. 133. — Kornprobst : « La notion de partie et le recours pour excès de pouvoir », pp. 86-87. — Heurté : « L'acquiescement dans la jurisprudence administrative », R.P.D.A., 1954, p. 182.

(132) C.E., 24 février 1954, Mellon, A.J.D.A., 1954.322, obs. Copper-Royer.

(133) T. A. Caen, 9 juillet 1957, Coulon, Rec. 771. — Cf. aussi C.E., 22 janvier 1958, Delafosse, Rec. 34.

contredites par aucune pièce du dossier » (134) ; seules les questions de fait et non de droit peuvent d'autre part être ainsi tranchées ; le mécanisme de l'acquiescement suppose enfin une absence totale de réponse de l'Administration à la communication qui lui a été faite du pourvoi, et le Conseil d'Etat va jusqu'à considérer que si le Ministre a produit un mémoire « avant que le Conseil d'Etat ne statue », même s'il n'a pas respecté le délai à lui imparti, « il ne peut être regardé comme ayant acquiescé aux faits exposés dans la requête » (135).

2) Plus généralement, le Conseil d'Etat censure le défaut ou l'insuffisance d'explicitation des motifs de ses actes par l'Administration.

On a vu que la jurisprudence d'avant l'arrêt Barel recourait déjà parfois à cette sanction (136). A l'heure actuelle, l'extension du recours du juge aux ressources de la procédure inquisitoriale et sa recherche systématique des motifs de l'acte ont naturellement donné une importance décisive à ces sanctions dont l'originalité mérite d'ailleurs d'être soulignée.

— Le plus souvent, le juge procède en tirant du silence obstiné de l'Administration une présomption d'exactitude des critiques faites à l'acte par le requérant.

Déjà, en 1946, l'arrêt Panagopoulos relevait que l'acte en cause n'ayant absolument pas été justifié par son auteur, « le requérant est fondé à soutenir que le préfet a pris sa décision pour un motif n'entrant pas au nombre de ceux qui sont de nature à (la) justifier » (137).

De même, dans l'arrêt Barel, le persistant silence ministériel devait conduire le juge à conclure que « le motif allégué (par le requérant) doit être regardé comme établi » : dans la mesure où le motif allégué est un motif grossièrement illégal et généralement entaché de détournement de pouvoir, cet établissement du contenu du motif par présomption se confond avec la constatation du vice même de ce motif.

La technique de l'acquiescement issue de l'article 56 de l'Ordonnance de 1945 a sans doute influencé le recours du juge à cette terminologie somme toute discrète : en apparence il n'y aurait pas à proprement parler « censure » du silence administratif, mais simplement de nouvelles facilités offertes au requérant dans sa preuve de l'erreur de fait, de l'erreur de droit ou du détournement de pouvoir. Dans cette perspective, l'exigence première du juge quant aux allégations précises

(134) C.E., 24 février 1954, Mellon, précité, et C.E., 22 janvier 1958, Delafosse, précèdent.

(135) C.E., 26 mai 1965, Kutschera, Rec. 295, A.J.D.A., 1965.2.473, obs. Laporte.

(136) Cf. C.E. (S.), 8 janvier 1937, Bury, Rec. 22, précité.

(137) C.E., 18 janvier 1946, Panagopoulos, Rec. 19. — Cf. aussi C.E., 25 janvier 1950, Oulie, Rec. 54. — C.E. (Ass.), 17 février 1950, de Rothschild, Rec. 113. Notons que le juge a également utilisé ce mécanisme pour établir un vice de procédure, par exemple la méconnaissance des droits de la défense (C.E., 3 février 1950, Jousset, Rec. 74. — Cf. aussi C.E., 11 mai 1973, Sanglier, Rec. 344, R.D.P., 1973.1748, chr. Waline, A.J.D.A., 1973, p. 428, note Largier.

du requérant prend toute sa signification : le juge n'entendrait conclure à la justesse des critiques du requérant en cas de silence administratif que dans la mesure où ces allégations ont un minimum de consistance.

En réalité, le juge a été plus sévère pour l'Administration que sa terminologie ne le laisse apparaître et l'on ne voit pas d'exemple où une fois déclenché le mécanisme de la demande juridictionnelle du dossier le juge n'ait pas conclu à l'irrégularité de l'acte : en cas de refus de l'Administration de déférer à cette demande, la « présomption » a toujours été automatique. En fait, il y avait bien sanction.

A l'heure actuelle où l'on voit le Conseil d'Etat abandonner sa « condition » des allégations précises du requérant avant de procéder à la demande de communication des motifs, l'euphémisme de la présomption de justesse des critiques portées contre l'acte est encore plus évident.

L'arrêt Daudens de 1968 en fournit une illustration : la référence à la précision et au sérieux des allégations du requérant a totalement disparu ; du silence de l'Administration, le Conseil d'Etat n'en déduit pas moins, dans le langage même de l'arrêt Barel, que « dans ces conditions les allégations du requérant... doivent être regardées comme établies » (138).

La terminologie de ces arrêts n'est pas pleinement satisfaisante. Certes, il est probable que dans toutes ces hypothèses le juge en sait plus que ne le laisse apparaître le texte même de son arrêt ; il demeure qu'aux yeux du public il semble conclure hâtivement du silence de l'Administration à l'irrégularité de son acte.

— Il serait plus franc, plus « vrai », plus « pédagogique aussi, de censurer directement et explicitement le refus de l'Administration de justifier son acte, puisqu'aussi bien tel est le fond de l'affaire, et que d'ailleurs le résultat final de l'opération, c'est-à-dire l'annulation, sera toujours le même.

Le contentieux nous offre justement des cas de cette censure directe de la méconnaissance de l'obligation administrative d'explicitation de sa décision.

La formule de l'ancien arrêt Bury est à cet égard remarquable : de ce que le silence de l'Administration empêchait le Conseil d'Etat d'être « à même d'exercer son contrôle », il déduit « qu'il y a lieu, par suite, d'en prononcer l'annulation » (139).

Le Conseil d'Etat a également utilisé cette formule dans les hypothèses où l'autorité administrative prétendait avoir égaré le dossier grâce auquel seul il eut été possible de connaître a posteriori les motifs de l'acte attaqué. Le contentieux de l'Epuration fut plus particulièrement concerné par ce type d'annulation-sanction, la négligence admi-

(138) C.E., 10 janv. 1968, Daudens, précité. — Cf. aussi T.A. Rennes, 22 novembre 1972, Diraison, Rec. 930.

(139) Cf. C.E. (S.), 8 janvier 1937, Bury, précité.

nistrative étant alors, il est vrai, spécialement coupable. Plusieurs arrêts censurent ainsi directement la décision attaquée au motif que « le Conseil d'Etat est mis, par le fait de l'Administration, dans l'impossibilité d'exercer le contrôle de légalité qui lui appartient » (140). Le pouvoir exécutif ne saurait donc exciper de sa « bonne foi » ; comme le rappelait récemment M. Waline avec fermeté, « quand l'Administration perd ses dossiers, elle perd aussi ses procès » (141).

Cette référence très directe à la carence de l'Administration dans la justification de son acte mériterait d'être systématisée. Sans doute, de toute façon, le juge annulera-t-il l'acte, mais elle a l'avantage de bien localiser la responsabilité qui incombe à l'Administration dans l'explicitation des causes de ses actes, et dont il resterait seulement à ajouter que l'Administration n'a pas cette responsabilité seulement devant le juge, mais aussi devant les destinataires de ses actes.

Les jugements des tribunaux administratifs s'y réfèrent d'ailleurs parfois dans le cadre de la demande juridictionnelle du dossier de l'affaire (142). De manière tout-à-fait originale, le Tribunal Administratif de Bordeaux devait pour sa part déduire en 1964 du silence persistant de l'Administration, et comme le lui demandait la requête, que « la décision entreprise ne repose sur aucun motif » et qu'elle mérite dès lors d'être annulée pour excès de pouvoir » (143).

N'est-ce point là, après tout, la sanction la plus logique du principe fondamental de notre régime administratif moderne selon lequel tout acte doit avoir des motifs, et donc des motifs avoués pour que le juge puisse les contrôler, fut-ce de façon réduite.

Tant il est vrai, comme l'écrivait M. Waline en 1954 à l'occasion de l'arrêt Barel que « ce ne sont que les fous qui se décident sans motif, ou tout au moins les personnes libres d'agir à leur fantaisie, ou selon leurs caprices. Or, l'Administration n'a le droit d'être ni fantaisiste, ni capricieuse » (145).

(140) Cf. C.E., 12 juillet 1949, Koenig de Belliard de Vaubicourt, Rec. 348. — C.E., 6 décembre 1950, Ternission, R.D.P., 1951.1120. — C.E., 9 mars 1951, Pignières, *ibid.* Dans le même esprit, on peut citer l'ancien arrêt Fournier-Marmay de 1907 : la négligence administrative ayant rendu impossible toute vérification de la date à laquelle certaine demande avait été formulée, le Conseil d'Etat estime que c'est à tort que cette demande a été rejetée comme tardivement présentée. — C.E., 24 juillet 1907, Fournier-Marmay, Rec. 712.

(141) Waline : « Quand l'administration perd ses dossiers, elle perd aussi ses procès », R.D.P., 1973.1747 (chr. sous C.E., 11 mai 1973, Sanglier).

(142) T. A. Lyon, 4 décembre 1959, Burnichon et Roure (2 esp.), Rec. 846 et 847.

(143) T. A. Bordeaux, 15 mai 1964, Courtois, Rec. 718.

(145) Waline, note précitée, R.D.P., 1954.

TITRE II

Les investigations complémentaires du juge parmi les motifs des actes administratifs

L'information obtenue de l'Administration sur les causes de son acte constitue naturellement la matière première du contrôle juridictionnel opéré sur le bien-fondé de cet acte.

Elle n'en est cependant pas la base intangible, et le juge de l'excès de pouvoir n'y borne pas sa détermination des motifs contrôlables.

Le Conseil d'Etat a même tendance aujourd'hui à diversifier de plus en plus ses investigations propres parmi les antécédents de l'acte, dans ses diverses justifications possibles, et même à l'intérieur de son processus psychologique d'élaboration, bien au-delà donc de l'énoncé officiel de ses « motifs ».

Ces investigations traduisent le souci du juge d'organiser sa censure des décisions juridiques administratives sur la base tout à la fois des seuls motifs qui en sont les supports indispensables et dont la validité conditionne nécessairement celle du dispositif adopté par l'Administration, et des véritables motifs de ces décisions.

Concrètement, le juge peut alors être amené, soit à réduire, soit à élargir le domaine de son contrôle effectif par rapport aux motifs officiellement donnés ou avoués par l'Administration à son acte.

Dans le premier cas, le juge admettra qu'un acte puisse être considéré comme juridiquement valable, et insusceptible d'annulation, alors même que ses motifs sont en tout ou partie irréguliers. Cela implique que la validité de tous les motifs des actes juridiques n'est pas forcément nécessaire à leur propre validité. Ces motifs font certes presque toujours l'objet d'un contrôle juridictionnel, mais dans certaines circonstances, le juge renonce à en tirer des conséquences d'« excès de pouvoir » (Chapitre premier).

Dans le second cas, le juge étend en revanche ses investigations au-delà des motifs officiels de l'acte et ne se contente pas de leur

régularité juridique et matérielle. La validité de ses motifs n'est donc pas forcément suffisante à un acte administratif, s'il ressort de l'affaire que ce ne sont là que motifs « apparents » qui cachent les véritables raisons, elles illicites, de son émission. Le contrôle de l'excès de pouvoir s'étendra alors au-delà de ces motifs apparents (Chapitre II).

Plan du Titre second :

Chapitre Premier :

La renonciation du juge à censurer certains des motifs au nom desquels l'acte a été pris.

Chapitre II :

L'élargissement du domaine du contrôle du juge au-delà des motifs « apparents » de l'acte.

CHAPITRE PREMIER

LA RENONCIATION DU JUGE A CENSURER CERTAINS DES MOTIFS AU NOM DESQUELS L'ACTE A ETE PRIS

Cette renonciation n'est pas conforme à l'esprit non plus qu'aux méthodes générales du contentieux des motifs devant la juridiction de l'excès de pouvoir.

Si le juge, on le sait, ne borne pas généralement sa recherche des motifs des actes à ceux de ces motifs « au nom desquels » l'acte a été pris, et poursuit ses investigations parfois jusqu'au niveau des motifs « pour lesquels » effectivement l'acte a été voulu, en revanche, notre régime juridique repose bien sur un principe général d'indissociabilité du dispositif de l'acte et des motifs qui le supportent, et la validité de l'ensemble de ces motifs conditionne la validité même de ce dispositif. Un acte bien-fondé, c'est pour le juge, d'abord un acte qui a été bien fondé par son auteur.

Il y a là une espèce de responsabilité de l'Administration sur les motifs de ses actes, qu'on a déjà vu se manifester au niveau de leur explication, et qui s'est affirmée en ce qui concerne cette exigence de leur correction, dans les premières années du siècle, lorsque le Conseil d'Etat jugea qu'en dépit de tout son éventuel pouvoir discrétionnaire, une autorité administrative commettait un excès de pouvoir en justifiant son acte par des faits inexacts.

Tel fut l'apport décisif de l'arrêt Trépont (146) ; on se souvient que dans cette affaire, le Conseil d'Etat annula le décret de mise à la retraite du préfet Trépont au motif que ce décret alléguait à tort que cette mise à la retraite avait lieu à la « demande » de l'intéressé. Or, si le décret alléguait bien faussement cette demande, il demeurerait que « théoriquement » le Gouvernement aurait pu placer discrétionnairement le préfet Trépont à la retraite « d'office », sans avoir alors à invoquer et donc à attendre qu'il en fasse la demande.

Ce n'était même pas le souci de préserver le « libre-arbitre » de l'Administration, auquel on se référait alors volontiers pour justifier

(146) Cf. *supra*, Introduction, note (75).

le contrôle juridictionnel des motifs spontanément exprimés; qui pouvait expliquer la solution admise par le Conseil d'Etat dans l'affaire Trépont : dans cette affaire, il n'y avait pas eu en effet à proprement parler « erreur » de l'Administration qui savait naturellement mieux que personne que le préfet Trépont n'avait jamais demandé sa mise à la retraite ; en fait, suivant l'expression du commissaire du gouvernement Rivet, la fausse référence du décret avait la valeur d'un « euphémisme » destiné à amortir en quelque sorte la portée de la mesure édictée à son encontre. C'était en somme un « mensonge diplomatique ».

Le Conseil d'Etat devait justement hésiter quant au fondement à attribuer à ce type d'annulation nouveau par rapport aux canons beaucoup plus souples et tolérants de son ancienne jurisprudence. C'est à cette occasion, ainsi qu'on l'a déjà évoqué, qu'il inventa la formule de la « cause juridique » sans d'ailleurs paraître attribuer de signification très précise à cette formule qu'il reprit cependant dans plusieurs affaires similaires à l'affaire Trépont (147), Hauriou et M. Vedel montrèrent alors comment la notion de « cause juridique » pouvait contribuer à expliquer cette indissociabilité de principe établie entre la justesse des motifs et celle du dispositif d'un même acte (148) : dès lors en effet que le Gouvernement avait choisi de « mouler » sa décision de mise à la retraite du sieur Trépont dans la « catégorie juridique » des mises à la retraite sur demande, il devait respecter la logique de cette catégorie et ne procéder à une mise à la retraite que si vraiment la « cause juridique » de cette catégorie, c'est-à-dire la demande de l'intéressé, se trouvait effectivement satisfaite.

Il est probable, comme l'a par exemple souligné M. Goy (149), qu'en tout cas des « raisons pratiques », incitèrent le Conseil d'Etat à exercer un contrôle de principe sur tout motif dont l'acte a fait état. Il aurait en effet été difficile au juge de l'excès de pouvoir, alors en pleine époque d'affirmation de son autorité, d'admettre la « légalité » d'un acte étalant aussi manifestement « l'erreur ou le cynisme de l'Administration ». C'est en somme un principe de « bonne foi » qui conduisait le juge à consacrer ainsi l'indissociabilité de principe des motifs énoncé avec le dispositif édicté.

Ce principe a aujourd'hui d'autant plus de valeur et d'importance que l'obligation faite par le juge à l'Administration d'explicitier toujours d'une façon ou d'une autre les motifs de ses actes met en pratique davantage d'information à sa disposition.

A cette « responsabilité » de l'Administration sur les motifs de ses actes, des tempéraments sont cependant apportés par le droit positif.

Si la « bonne foi » administrative, sa « déontologie » aurait dit Hauriou, appelle bien en effet que les motifs exprimés dans l'acte

(147) Cf. la jurisprudence citée *supra*, note 83.

(148) Cf. *supra*, p. 37.

(149) Goy, *op. cit.*, t. I, p. 407.

soient, comme disait Jèze « en principe à considérer comme déterminants » (150), d'autres intérêts peuvent éventuellement justifier la renonciation du juge à exercer sa censure sur certains des motifs des actes administratifs.

Ainsi le Conseil d'Etat écarte-t-il déjà du champ de son contrôle les énonciations de l'acte qui ne peuvent selon lui être considérés comme en constituant les « motifs » dans la mesure où de toute évidence ils n'ont aucunement influencé son édiction. L'arrêt Pujo de 1936 distingue par exemple les « motifs » sur lesquels l'acte litigieux « est fondé » d'avec les faits auxquels il se réfère aussi mais qui ont été seulement « l'occasion » de la décision prise (151) ; de même le juge a écarté de son contrôle des faits dont il était avéré qu'en fait l'auteur de l'acte n'avait absolument pas tenu compte (152), ou qui sont tout au plus des « circonstances » ayant entouré l'édiction de l'acte (153). Le Conseil d'Etat considère qu'une erreur éventuellement commise sur ces « circonstances » ou ces « occasions » serait en tout état de cause sans influence sur la légalité de la décision ; dans l'affaire Pujo, le moyen tiré de leur fausse constatation est même purement et simplement écarté.

Le juge excuse également a priori les erreurs strictement rédactionnelles commises par l'Administration dans les visas de l'acte aux textes dont il est fait application (154) ; le Conseil d'Etat fonde alors son excuse sur l'indifférence de cette erreur vis-à-vis de la volonté réelle de l'agent de faire usage de ses pouvoirs légaux. Les arrêts excusent ainsi des « lacunes » (155), des « surplus » (156), comme toute mention erronée, par exemple à un texte inapplicable (157) au sein des visas, il pardonne d'ailleurs, on l'a vu, l'omission de toute référence aux textes appliqués quand bien cette référence serait obligatoire (158). En pratique, le Conseil d'Etat donne même une portée assez considérable à cette excuse qui le conduit en effet parfois à rec-

(150) Jèze : « essai d'une théorie générale sur l'influence des motifs déterminants... », R.D.P., 1922.377. — Cf. aussi sa note sous C.E. (Ass.), 22 janvier 1937, Ville de Condé-sur-Noireau, R.D.P., 1937.324.

(151) C.E. (Ass.), 4 avril 1936, Pujo de Lassus et Real del Sarte, S. 1936.3.42, concl. Andrieux.

(152) C.E., 2 février 1946, Bardèche, Rec. 49.

(153) Par ex. C.E., 16 octobre 1946, Nogués, Rec. 232. — C.E. (S.), 19 novembre 1935, Union des véhicules industriels, S. 1936.3.126. — C.E. (S.), 20 novembre 1970, André Belz, Rec. 693, A.J.D.A., 1971.2.55. — C.E., 3 février 1975, Rabot, Rec. 81, A.J.D.A., 1975.467, note Sabiani.

(154) Cf. Dupuis : « Les visas apposés sur les actes administratifs », Mélanges Wailine, tome 2, p. 407, et Hostiou, *op. cit.*, pp. 159 et ss.

(155) C.E., 25 avril 1947, Ampoulange, Rec. 164. — C.E., 3 novembre 1967, de la Boulay, Rec. 399.

(156) C.E., 25 avril 1947, Ampoulange, *préc.*

(157) C.E. (S.), 12 juin 1958, Ministre de la Santé Publique c. Prat-Flottes, Rec. 361, A.J.D.A., 1960.2.96, conclusions Mayras, et aussi C.E. (S.), 4 juillet 1969, Ordre des avocats près la Cour d'Appel de Paris, Rec. 358, A.J.D.A., 1970.43, note Molinier, J.C.P., 1969.2.16.216, note Boccara. — C.E. (Ass.), 12 avril 1972, Benasse, Rec. 259, concl. Braibant, D. 1973.228, note Delvolvé.

(158) Cf. *supra*, Titre 1, chapitre 1, section 2.

tifier en totalité le visa erroné contenu dans l'acte : dans l'arrêt Saint-André de 1957, le Conseil d'Etat dut ainsi se référer très précisément à l'objet voulu par l'auteur de l'acte et aux intentions de cet auteur pour en déduire que la décision attaquée « doit être réputée intervenue » au titre de telle base légale alors qu'il lui en avait textuellement été donnée une autre (159) ; néanmoins, comme pour bien montrer les limites de son excuse, ce même arrêt Saint-André souligne que l'acte en cause a été pris en fait « dans les conditions et selon la procédure » de la base légale que son auteur aurait dû normalement viser.

Ces excuses témoignent bien du souci du juge de ne retenir a priori dans le champ de son contrôle des motifs que les antécédents de l'acte qui ont réellement contribué à le fonder. La formule employée par l'arrêt « Fédération Mutualiste de la Seine » de 1966 est encore révélatrice à cet égard : le Conseil d'Etat y relève que si l'acte attaqué « fait effectivement référence » à tels articles de la loi inapplicables, « il résulte (cependant) de l'instruction que le motif réel de la décision... n'a pas résidé » dans la mise en œuvre de ces articles mais que l'acte a « été en fait motivé » par telle autre disposition légale : et le juge en conclut que le dispositif « ne se trouve donc pas vicié par cette référence erronée » (160).

De la même manière, un arrêt de cassation de 1958 refuse-t-il de censurer une apparente contradiction dans les motifs de l'acte, cette contradiction devant en fait être considérée, dit l'arrêt, comme « une simple erreur de plume » (161).

Cette jurisprudence qui consiste à excuser l'erreur dont peuvent être entachées certaines mentions de l'acte soit en refusant à ces mentions la qualité de « motif » soit en désignant l'erreur commise comme purement rédactionnelle demeure tout de même dans la pratique d'un usage assez exceptionnel. Le juge hésitera d'ailleurs à admettre cette rectification à l'égard des justifications proprement dites de l'acte que l'Administration prétendrait ainsi corriger en cours d'instance, et rejettera le motif ainsi nouvellement allégué qui contredirait le « texte même » de la décision (162), tout comme il est réticent à admettre qu'un tel motif puisse être reconnu au moins comme l'un des motifs qui ont contribué à la décision administrative et, à ce titre, participer à sa justification légale (162 bis).

(159) C.E., 6 mars 1957, Saint-André, Rec. 141.

(160) C.E. (S.), 13 juillet 1966, Fédération Mutualiste de la Seine et Ministre du Travail c. Société des Pompes Funèbres Générales, Rec. 466. — Cf. aussi C.E., 17 mai 1957, Schutz, R.D.P., 1957.907, conclusions Heuman.

(161) C.E. (S.), 28 février 1958, Caisse de commerce et d'industrie des Alpes-Maritimes, Rec. 140.

(162) C.E., 22 janvier 1971, Ministre d'Etat chargé des Affaires culturelles c. dame Benoist d'Anthenay, Rec. 67. — Cf. aussi T.A. Versailles, 13 mars 1974, Brunelin, Rec. 689.

(162 bis) Cf. C.E. (S.), 23 juillet 1976, Ministre du Travail c. Caisse Primaire d'assurance maladie du Jura, A.J.D.A., 1976.434 et 416, chr. Mme Nauwelaers et Fabius. — Cf. *infra*, note 221 bis, et 254.

Cependant, même au sein des motifs de l'acte ainsi délimités et épurés de leurs éléments marginaux ou de leurs erreurs purement formelles, on va voir que le juge intervient encore pour exclure du domaine de sa censure tel fait, telle considération, telle raison auxquelles l'acte s'est référé et qui sont affectés d'une erreur normalement susceptible d'en justifier l'annulation.

Les motifs de l'acte ne relèvent pas en effet toujours du même statut contentieux ; leur justesse n'est pas toujours également indispensable à la validité du dispositif qu'ils sont supposés a priori justifier.

C'est naturellement dans l'hypothèse où les motifs de l'acte sont en tout ou partie erronés que ces différences de traitement apparaissent. Il convient pour autant de les analyser dès à présent dans la mesure où elles contribuent à mieux faire connaître le « terrain » sur lequel opère le contrôle des motifs.

Lorsqu'il se trouve confronté à un motif dont la licéité ou l'exactitude est contestable, le juge de l'excès de pouvoir dispose en pratique de deux moyens pour refuser d'en déduire nécessairement l'irrégularité de la décision que ce motif appuie et supporte. Il s'agit d'une part de la substitution de motif : en ce cas, le juge excuse l'acte mal justifié par son auteur mais susceptible d'être fondé sur d'autres motifs (section 1). Il s'agit d'autre part de l'exception de motif surabondant : en ce cas, le juge excuse l'acte dont seule une partie des motifs justificatifs est irrégulière et qui resterait suffisamment justifié légalement par ceux de ses autres motifs qui ont échappé à la critique du juge (section 2).

Section I

LA SUBSTITUTION DE MOTIF (163)

C'est là la renonciation la plus spectaculaire du juge à la censure des motifs des décisions administratives, et la dissociation la plus radicale qui se puisse opérer entre la validité d'un acte et celle des fondements qui lui ont été donnés par son auteur.

La substitution de motifs consiste en effet pour le juge à ne pas tenir compte des motifs insuffisants ou incorrects d'une décision dès lors que d'autres motifs auxquels l'auteur de l'acte a omis de se ré-

(163) Cf. Auby et Drago, *Traité précité*, n° 1182. — Odent, *cours précité*, p. 1526. — Di Qual : « La compétence liée », pp. 499-515, et note sous C.E., 13 juillet 1963, époux Meyer et Ministre de la Construction contre demoiselle Poirier, D. 1964.J.267. — Kornprobst : « La notion de partie et le recours pour excès de pouvoir », pp. 291-295. — Landon : « Le recours pour excès de pouvoir depuis 1954 », pp. 144 ss.

férent seraient de nature à fonder et à justifier valablement cette décision.

Elle fait alors de la décision une sorte d'« habit d'Arlequin » dont le dispositif reste celui voulu par l'Administration, tandis que ses motifs légaux lui sont apportés, au demeurant a posteriori, par le juge.

Aux motifs « au nom desquels » l'acte a été pris, le juge préfère en somme ceux « qui » en tout état de cause sont de nature à le justifier.

De façon générale, le contentieux des motifs répugne à la substitution juridictionnelle de motifs. On peut certes concevoir pareille substitution dans le cadre de rapports hiérarchiques, comme dans la jurisprudence Ducroux (164), ou dans les rapports entre un tribunal et son juge d'appel (165). Elle paraît déjà moins admissible de la part d'un juge de cassation (166) ; la nature des rapports entre le juge de l'excès de pouvoir et l'Administration, comme l'esprit du contentieux des motifs l'intégreraient plus mal encore a priori.

Semblable substitution remet naturellement en cause le principe de la « responsabilité » de l'Administration sur les motifs de ses actes telle que la jurisprudence l'a établie à partir de l'arrêt Trépont.

Elle remet également en cause le principe de séparation de l'Administration active et de la Juridiction administrative : cette séparation implique en effet que le juge ne substitue pas son action à celle de l'Administration, et, aussi bien, le juge se refuse par exemple à accorder lui-même une autorisation que l'Administration n'a pas voulu délivrer en dépit de toutes les obligations que lui en faisait la loi. Or, par la substitution de motif, il n'est pas exagéré de dire qu'il y aurait tout autant « action » du juge. La substitution de motif implique en effet bel et bien réfection de l'acte ; bien que le dispositif demeure celui édicté par l'Administration, sa nature et sa valeur s'en trouveraient fondamentalement modifiées par le changement intervenu dans le contenu et la catégorie de ses motifs.

Enfin, cette substitution de motif fausse, il faut bien le reconnaître, le mécanisme du contrôle par le juge de la régularité de l'acte administratif : par la substitution, le juge passe du rôle de censeur à celui de collaborateur de l'Administration. Cessant de lui reprocher ses erreurs, il s'appliquerait au contraire à les rectifier.

La substitution de motif, si elle était pratiquée, risquerait alors d'inciter l'Administration à davantage de laxisme encore dans l'élaboration de ses actes. Or, il est à présumer que sur la base d'autres

(164) Cf. C.E. (Ass.), 23 avril 1965, dame veuve Ducroux, Rec. 231, A.J.D.A., 1965. 332, chronique Puybasset et Puissochet, J.C.P., 1965.2.14.412, note Durand-Prinborgne, D. 1965.845, note Pallozzoli, R.D.P., 1965.1189, concl. Galabert, Dr. ouvrier, 1965, p. 249, note Piquemal.

(165) Par ex. C.E. (S.), 11 février 1972, Société d'agglomérés et de moulages et sieur Orfila, Rec. 129. — Cf. Auby et Drago, *Traité précité*, n° 1379.

(166) Cf. Auby et Drago, *Traité précité*, n° 1436.

motifs, l'agent public eut statué différemment. Il est en tout cas convenable qu'en se situant dans la perspective des motifs qui seuls peuvent justifier sa décision il refasse l'opération d'émission de son acte et procède à une réévaluation des circonstances de l'affaire.

Ce raisonnement qui aboutit à exclure a priori toute substitution de motif a particulièrement de force lorsque l'Administration se trouvait dans une situation de pouvoir discrétionnaire : en tel cas, faute en effet de contrôler le contenu de l'appréciation porté par l'Administration sur les circonstances de l'affaire, le juge a eu le souci constant de faire au moins en sorte que son appréciation procède d'un examen sérieux et attentif de ces circonstances. Telle est l'une des significations du « contrôle minimum » exercé sur les motifs. Or, cette exigence de sérieux et d'attention serait bien compromise si l'Administration pouvait compter sur le juge pour rectifier ses erreurs.

La substitution n'est cependant pas inconnue dans le contentieux des motifs des actes administratifs.

Le juge ne pouvait en effet ignorer qu'elle œuvre dans le sens de la prééminence du droit : elle évite l'annulation d'actes qui, au fond, ne sont pas foncièrement condamnables puisque justifiés différemment comme cela était possible, ils auraient échappé à la censure du juge de l'excès de pouvoir.

La substitution intervient alors essentiellement dans l'hypothèse de la compétence liée où des raisons particulières et pressantes en justifient la mise en œuvre. Hors de ce cas où l'acte édicté devait ainsi l'être légalement en tout état de cause, la substitution de motifs n'est en revanche que très exceptionnellement et très prudemment admise dans la jurisprudence du Conseil d'Etat.

1) La substitution de motif dans le cas de l'acte relevant d'une compétence liée.

L'hypothèse est plus précisément celle d'un acte dont l'émission dans les termes où elle a eu lieu avait en réalité été rendue obligatoire par la règle de droit, compte tenu de la survenance de tel fait ou de telle situation (167), c'est-à-dire que cette émission de l'acte était « dictée », selon l'expression de Michoud, par la règle de droit (168).

Si généralement l'Administration dispose d'une certaine marge d'appréciation pour l'exercice de ses compétences et n'est pas tenue de tirer des conséquences précises de la survenance de telle ou telle situation, il arrive aussi que le droit confère aux administrés un véri-

(167) Cf. Di Qual : « La compétence liée », 1964. — Kornprobst : « La compétence liée », R.D.P., 1961, p. 934. — Timsit : « Compétence liée et principe de légalité », D. 1964, chron. 217.

(168) Michoud : « Etude sur le pouvoir discrétionnaire », *Revue Gén. d'Adm.*, 1914.3, pp. 1 ss., 1915, pp. 4 ss., pp. 193 ss.

table « droit à l'acte », ou plus généralement oblige l'Administration à opposer un refus, accorder un avantage, reconnaître un statut, etc., dès lors qu'un certain nombre de conditions sont ou ne sont pas remplies. En tel cas, comme l'a écrit M. Kornprobst, la compétence administrative est « automatisée » (169), ce qui n'emporte pas d'ailleurs que la détermination de ces obligations administratives soit toujours aisée à réaliser.

Les situations de compétence liée sont extrêmement variées. Leur seul point commun est relatif à la technique d'émission qui leur est propre : l'autorité administrative s'y trouve, suivant la formule des arrêts, « légalement tenue » de tirer certaines conséquences déterminées de la survenance de telle ou telle situation définie par la réglementation juridique.

Depuis le début du siècle, alors que cette notion de compétence liée s'est peu à peu précisée dans notre régime administratif, le Conseil d'Etat s'est préoccupé de lui procurer un régime contentieux approprié : au sein de ce statut la substitution de motif occupe une place importante.

Il peut ainsi arriver que l'Administration édicte sur la base de justifications erronées, un acte que pour d'autres motifs elle était de toute façon tenue de prendre, et par exemple qu'elle oppose pour des considérations incorrectes un refus que la loi l'astreignait en réalité à prendre.

Lorsque la décision litigieuse a été édictée dans des termes où la loi exigeait qu'elle le fut mais sur la base de motifs erronés, le Conseil d'Etat substitue automatiquement à ces motifs retenus par l'Administration le motif légal qui justifiera définitivement le dispositif de la mesure attaquée. En tel cas, le juge ignore donc délibérément l'erreur « subjective » commise par l'agent dans les motifs dont il a appuyé son acte ; seul l'intéresse le bien-fondé « objectif » de la décision. Il ne lui paraît pas condamnable que l'autorité administrative se soit fondée sur des considérations erronées dès lors qu'en tout état de cause cet acte devait légalement être édicté. De la même manière le juge de la responsabilité refuserait-il d'ailleurs de considérer comme « fautive » l'émission, même mal justifiée d'un acte qui était ainsi obligatoire légalement, une décision « légale » ne pouvant en effet être en elle-même fautive.

Ce principe de la substitution de motif en cas de compétence liée est apparue en contentieux dans les années 1930 avec les arrêts Villède-Sarreguemines de 1951 (170), Ville de Castelnaudary de 1932 (171) et Augier de 1933 (172) : cette dernière affaire concernait un refus de promotion au grade d'officier de la Légion d'honneur auquel le sieur Augier prétendait avoir droit : les motifs allégués par le Ministre

(169) Kornprobst, art. précité, R.D.P., 1961.934.

(170) C.E. (S.), 19 juin 1931, Ville de Sarreguemines, S. 1932.3.25.

(171) C.E. (Ass.), 17 juin 1932, Ville de Castelnaudary, D.H. 1932.3.25, concl. Josse.

(172) C.E. (S.), 8 juin 1934, Augier, Dall., 1934.3.31, concl. Josse.

étaient erronés, mais le Conseil d'Etat fit valoir qu'en tout état de cause le requérant « se trouvait... en dehors du champ d'application de la loi » dont il réclamait le bénéfice de sorte qu'il n'était « pas fondé à demander l'annulation de la décision par laquelle le Ministre avait rejeté sa demande ».

Cette substitution est désormais acquise. Sa seule limite tient à ce que le Conseil d'Etat se refuse à modifier simultanément le dispositif même de l'acte attaqué ; malgré cette restriction, la jurisprudence nous offre régulièrement des hypothèses d'actes que l'Administration était légalement tenue de prendre dans les termes où elle les a édictés mais sur la base de motifs différents de ceux qu'elle a en fait retenus.

1) *Les raisons d'être de cette entorse au principe de la responsabilité de l'Administration sur les motifs qu'elle même a allégués sont d'ailleurs aisément compréhensibles.*

Sa justification la plus simple, et la plus naturelle, tient à l'inutilité d'un contrôle autre que celui de la survenance du motif obligatoire. Cette thèse était déjà exprimée avec netteté par M. Josse dans ses conclusions à l'affaire Augier : « A quoi pourrait servir, disait-il, une annulation fondée sur un motif erroné en droit si pour un autre motif l'Administration était dans l'obligation de prendre une décision dans le même sens ? » (173). Dans le cas par exemple où la liaison concerne l'abrogation d'un acte illégal, la prise en considération par le juge des motifs erronés retenus par l'Administration se justifierait d'autant moins qu'elle aboutirait à faire revivre une situation non conforme au droit.

Ainsi, et plus profondément, le principe de la substitution de motif en cas de compétence liée peut se recommander de la notion même de légalité. Le « droit » qu'ont les administrés à obtenir par la voie du recours pour excès de pouvoir la censure des erreurs commises par les agents publics ne saurait logiquement aboutir à empêcher l'émission d'un acte légalement obligatoire. En matière de compétence liée, l'administré ne peut avoir droit, au regard de la loi, qu'à l'application stricte du régime défini par elle. Comme l'avait également bien perçu M. Josse, « ce à quoi les administrés peuvent prétendre, c'est au respect de leurs droits au fond. Peu importe le motif si la décision est en réalité justifiée » (174).

C'est en ce sens que l'on peut comprendre la formule adoptée par le Conseil d'Etat dans l'arrêt Augier suivant laquelle l'acte édicté devant nécessairement l'être, « le requérant n'est pas fondé à en demander l'annulation ».

2) *La rigueur et la logique de ces fondements expliquent la portée très considérable que la jurisprudence donne à cette technique de substitution de motif en cas de compétence liée.*

(173) Concl. Josse sous C.E. (S.), 8 juin 1934, Augier, précité.

(174) Concl. Josse, précitées, sous C.E. (S.), 8 juin 1934, Augier, cf. note 172.

L'exemple des substitutions de motifs dans le régime de la cassation avait pourtant paru d'abord inciter le juge à introduire des conditions restrictives dans sa technique de la substitution de motif. Il ressort en effet de la jurisprudence « Poiré » et « Florin » que seul un motif d'ordre public ou assimilable (c'est-à-dire tiré du champ d'application de la loi) pouvait être utilisé par le juge de cassation pour valider un jugement administratif ou débattu par les premiers juges, et ne soulevant aucune difficulté de fait (175). Cette solution visait évidemment à respecter les limitations habituelles du contrôle du juge de cassation. Dans le cas des actes administratifs, cette restriction aurait pu se recommander soit du principe de séparation des fonctions administratives et juridictionnelles auquel on ne porterait ainsi qu'une moindre atteinte, soit même de l'idée suivant laquelle l'examen administratif des circonstances de l'affaire sur place et au moment, présente des garanties supérieures à la vérification juridictionnelle lointaine et postérieure de ces faits. Dans ses conclusions à l'affaire Augier, M. Josse proposait au moins à titre provisoire cette condition à la substitution, et, de son côté, l'arrêt fit explicitement référence au fait que le motif obligatoire substitué à celui erroné retenu par l'agent était relatif au champ d'application de la loi.

La jurisprudence ultérieure n'a cependant pas retenu cette réserve que des considérations pratiques pouvaient certes justifier mais que l'intransigeance de la notion même de motif obligatoire devait nécessairement conduire à rejeter.

Aujourd'hui, le Conseil d'Etat pratique aussi bien systématiquement toutes sortes de substitutions de motif dès lors simplement qu'il s'agit, comme l'écrit M. Odent, d'un acte « que l'Administration ne pouvait pas légalement ne pas prendre (176).

La substitution concerne ainsi la base légale proprement dite de l'acte, c'est-à-dire le « titre juridique » instituant et fondant l'intervention de l'acte litigieux. Le juge recherche alors lui-même le texte sauveur (177).

Le juge ne s'interdit pas davantage de refaire le raisonnement juridique et toutes les constatations de fait qui avaient conduit l'agent public à faire usage de ses pouvoirs ; il arrive même qu'après avoir modifié la base légale de l'acte le juge soit conduit à « évoquer » complètement l'affaire en cause dans ses diverses circonstances de fait (178). S'il le faut, le juge n'hésite pas à se référer à son « instruction » pour rétablir dans leur exactitude tous les éléments

(175) Cf. Auby et Drago, *Traité précité*, n° 1436. — C.E., 9 janvier 1929, Poiré, D.P. 1930.3.9. — C.E., 11 octobre 1929, Florin, *ibid.* — C.E. (Ass.), 23 octobre 1964, Commissaire du Gouvernement près la Commission régionale des dommages de guerres de Bordeaux, Rec. 487. — C.E., 24 janvier 1975, Machard.

(176) Odent : « Cours de contentieux administratif », 1964-1965, pp. 1243 ss.

(177) C.E., 17 janvier 1945, Nemours, Rec. 12. — C.E. (Ass.), 4 juillet 1958, Graff, Rec. 414, R.D.P., 1959-315, conclusions Long.

(178) Par ex. C.E., 17 janvier 1945, Nemours, *précité*.

de fait que l'Administration aurait à tort ignorés (179) ou dont elle aurait insuffisamment tenu compte (180).

La façon même dont le juge réalise la substitution de motif témoigne de sa rigueur. Une fois admise la « liaison », les arrêts sont en effet rédigés de manière à bien mettre en lumière l'indifférence absolue de la validité de l'acte par rapport à l'éventuelle incorrection des motifs que lui a attribués son auteur. Ainsi dans l'arrêt Nemours de 1945, le Conseil d'Etat affirmait que l'acte auquel l'Administration avait donné des fondements erronés mais dont l'émission était obligatoire pour d'autres raisons devait être considéré a priori comme « régulier ». Aujourd'hui, les arrêts se réfèrent volontiers à la formule suivant laquelle la décision obligatoire prise dans le terme où elle devait l'être est « légalement intervenue », et cela « quels qu'en aient été les motifs » (181), ou « sans qu'il soit besoin d'examiner la validité des motifs énoncés par la décision » (182). Ces arrêts ne prennent ainsi pas même la peine, inutile aux yeux du juge si et en quoi ces motifs énoncés étaient irréguliers : la constatation par le juge de l'obligation dans laquelle l'Administration se trouvait d'édicter l'acte litigieux fait figure de veto de principe que le juge oppose à toute critique des motifs retenus par l'auteur de l'acte.

En cas de compétence liée, la recherche des motifs contrôlables change ainsi totalement de direction : elle s'oriente exclusivement vers la recherche directe de la survenance en l'espèce des motifs fixés par la loi, et cela en dehors de toute prise en considération de ce qu'a bien pu penser et vouloir réellement l'auteur de l'acte.

Par là, la technique de la substitution de motif rejoint dans son absolutisme cette autre jurisprudence, celle des « moyens inopérants » par laquelle le juge consacre aussi la spécificité de la compétence liée. Dès lors en effet que l'acte obligatoire repose sur ses justes motifs, le Conseil d'Etat refuse de prendre en considération toute critique qu'en ferait le requérant sur le terrain de l'incompétence de son auteur, sur celui du vice de forme ou du détournement de pouvoir ; il considère en effet qu'à les supposer même comme établis ces vices seraient sans influence sur la validité de l'acte. Du moment que l'acte était au fond justifié et que son émission était légalement obligatoire, le juge qualifie ces moyens d'« inopérants » : cela signifie qu'ils ne saurait « être utilement invoqués » devant lui, et il ne les examine même pas (183).

(179) C.E. (S.), 15 mai 1957, Boyer, Rec. 320. — C.E., 13 juillet 1967, Ecole privée des filles de La Pradelle, Rec. 539, R.D.P., 1968.187, conclusions Bernard, R.D.P., 1967.1207, chronique Waline, D. 1968.431, note Voisset. — C.E., 14 octobre 1974, Lédé, Rec. (Tab.), 1117. — C.E., 5 mars 1975, Bouchard, Rec. 168 (a contr.).

(180) C.E., 16 novembre 1961, Gachet, Rec. (Tab.), 877.

(181) C.E. (S.), 7 novembre 1958, Deschamps, Rec. 542. — C.E. (Ass.), 4 décembre 1959, Geoffroy. — R.D.P., 1960.132, note Waline. — C.E., 24 mars 1954, Lacombe, Rec. 181. — C.E., 2 octobre 1970, Gaillard, Rec. 553.

(182) Cf. C.E. (S.), 18 juillet 1967, Ecole privée des filles de La Pradelle, Rec. 339, précédent, note 179.

(183) Auby : « Les moyens inopérants dans la jurisprudence administrative », A.J.D.A., 1966, pp. 5-13, par ex. C.E. (S.), 26 mai 1950, Dirat, S. 1951.3.69, note Suel. — C.E.,

Cette jurisprudence des « moyens inopérants » contribue à éclairer l'originalité de la substitution de motif en cas de compétence liée. Apparue également dans les années 1930, elle s'est affirmée à partir des années 1950, époque à laquelle la formule de l'« inopérance » fut consacrée, comme son complément naturel : comme elle, elle tend à réaliser la prééminence du motif légal obligatoire : l'acte qui devait être pris l'a été. Qu'importe dès lors par qui, comment, et pourquoi. C'est au fond ce que traduisait le Conseil d'Etat lorsque, mêlant substitution de motif et moyen inopérant, il jugeait dans un arrêt de 1967 dans une affaire de compétence liée, que « les moyens tirés par la société requérante d'une part de ce que la décision attaquée aurait été prise par une autorité incompétente, d'autre part de ce qu'elle serait fondée sur un motif erroné en droit sont en tout état de cause inopérants » (184).

Malgré cette simplicité et ce caractère systématique de la technique de la substitution de motif, on ne doit pas méconnaître certaines difficultés de sa mise en œuvre.

On a déjà évoqué les conditions du recours du juge à la substitution de motif : il faut qu'en dépit de la fausseté des motifs allégués le dispositif même de l'acte soit parfaitement légal par rapport aux motifs nouveaux dont le juge va le doter, sans qu'il soit nécessaire de le modifier.

Surtout, cette mise en œuvre de la substitution de motif risque de se heurter à des obstacles pratiques.

Le plus évident tient à la capacité, sinon même éventuellement à la volonté du juge, de découvrir, chaque fois que cela serait possible ; le motif obligatoire qui lui permettrait d'éviter l'annulation de l'acte qui lui est déféré pour vice des motifs.

En cas de substitution de base légale, le juge devra ainsi « trouver » le texte, et cette recherche peut s'avérer d'autant plus délicate

15 juillet 1955, Schneeberger, Rec. 444. — C.E., 1^{er} octobre 1969, dame Boutaud de la Combe, Rec. 410. — C.E., 5 juillet 1972, Syndicat national de la production d'électricité et autres, Rec. 513. — C.E., 17 mars 1976, Moreau. — C.E., 14 avril 1976, Société anonyme Somaco-Conforama.

(184) C.E., 20 janvier 1967, Soc. Civ. et Immo. des 4, 6, et 8, rue Léo-Delibes à Sceaux, Rec. (T) 902, A.J.D.A., 1967.II.414. Observons d'ailleurs que si la substitution de motif a toujours été considérée comme normale par la doctrine, la jurisprudence des moyens inopérants, devenue systématique à partir de 1956, a en revanche suscité des réticences. Cf. conclusions Guldner, sous C.E. (S.), 7 juin 1957, Brissaud, Rec. 287. Cf. aussi les critiques de M. Letourneur qui soulignait la « valeur morale et éducative » de la censure de certains vices d'édition de l'acte même en cas de compétence liée (in « L'étendue du contrôle du juge de l'excès de pouvoir », E.D.C.E., 1962, pp. 51 ss.). — Voir aussi Auby : « Les moyens inopérants dans la jurisprudence administrative », A.J.D.A., 1967, pp. 9 et 10. — Isaac, op. préc., pp. 313-315. Il semble d'ailleurs que la jurisprudence ait été tentée d'assouplir sa théorie des moyens inopérants à propos de l'incompétence : cf. C.E., 17 mars 1971, Durand, Rec. 219. — C.E., 19 mars 1971, Jacquemin, Rec. 234, A.J.D.A., 1971.303, chr. Labetoulle et Cabanes, mais cette tendance ne s'est pas maintenue ; cf. C.E., 22 novembre 1972, Ministre de l'Intérieur c. Grosjean, Rec. 742. — Cf. aussi Py : « Le rôle de la volonté dans les actes administratifs unilatéraux », L.G.D.J., 1976.

que c'est parfois un titre de compétence éloigné et entièrement distinct de celui qui a été utilisé qui pourra seul servir de fondement à l'acte litigieux. Dans ses conclusions à l'affaire Graff, en 1958, le Commissaire du Gouvernement M. Long avouait ainsi « la complexité des recherches de filiation législative auxquelles, disait-il, nous avons du procéder » (185).

De manière plus radicale encore, M. Kornprobst observait que quand bien même la substitution de motif serait théoriquement systématique en cas de compétence liée, « le juge jouit (en fait) d'un véritable pouvoir discrétionnaire puisque rien ne l'oblige à trouver un texte dont nul par la définition ne connaît l'existence » (186). En pratique cependant, et les conclusions de M. Long sous l'affaire Graff en témoignent, le juge prend à cœur d'éviter l'annulation des actes que la loi faisait obligation à l'Administration d'édicter.

Le juge devra ensuite, et c'est un point plus délicat, déterminer si ce texte imposait bien que fut obligatoirement prise la décision attaquée. Normalement, les termes de la loi de compétence et son usage des termes « devoir » ou « pouvoir » devraient suffire à signifier que la compétence est ou non liée. Mais le plus souvent, l'imprécision du vocabulaire de la loi astreint le juge à l'interpréter. On a vu ainsi certains Commissaires du Gouvernement dégager la « liaison » de la compétence administrative à partir des travaux préparatoires de la loi d'habilitation (187).

De même, ce n'est que récemment, et sans que les textes aient d'ailleurs jamais été modifiés, que le Conseil d'Etat a décidé que le maire pouvait être légalement tenu de faire usage de ses pouvoirs de police en cas de menaces de trouble à l'ordre public (188).

De son côté, la réfection des motifs de fait suppose la plénitude d'information du juge. Cette information ne fait généralement pas défaut, et il est probable que l'Administration, généralement soucieuse de voir évitée l'annulation de son acte, aidera volontiers le juge dans cette tâche de réfection des motifs de fait. Dans son cours de contentieux, M. Odent cite cependant un cas où l'insuffisante documentation du juge sur les circonstances de l'affaire l'aurait empêché de procéder à une substitution de motif (189).

En conclusion sur cette question de la substitution de motif en cas de compétence liée, une observation paraît s'imposer : grâce à la substitution de motif et grâce à la jurisprudence des moyens inopérants, la

(185) Concl. Long sous C.E. (Ass.), 4 juillet 1958, Graff, R.D.P., 1959.315.

(186) Kornprobst : « La notion de partie dans le recours pour excès de pouvoir », thèse, p. 291.

(187) Cf. concl. Galmot sous C.E. (S.), 10 mars 1967, Mutuelle Gén. des Travailleurs des Bouches-du-Rhône, A.J.D.A., 1967.340. — Pour un autre exemple, cf. concl. Henry sous C.E. (S.), 16 novembre 1962, Soc. Ind. de Tôlerie et d'Usinage Mécanique, A.J.D.A., 1962.II.170.

(188) C.E., 23 octobre 1959, Doublet, Rec. 540. D. 1960.191, note Lavroff, R.D.P., 1959.1235, concl. Bernard.

(189) Odent : « Cours de contentieux administratif », 1964-1965, p. 1245. — C.E., 19 avril 1964, Ministre des Anciens Combattants c. Roumignac, Rec. 271.

compétence liée reçoit une garantie efficace dans le cas où l'acte obligatoire a été effectivement édicté. Mais il n'en va pas de même dans l'hypothèse différente où l'Administration se refuse à accomplir un acte que la loi lui faisait obligation d'édicter compte tenu des circonstances de l'espèce. Le juge se refuse alors aussi bien à délivrer par exemple l'autorisation à laquelle le particulier a un « droit », qu'à enjoindre l'agent compétent d'y procéder. En tel cas, le juge se contente de renvoyer le requérant devant l'Administration « pour ce que de droit », et de mettre éventuellement en cause la responsabilité de la Puissance Publique pour refus d'assumer ses obligations.

Ces solutions fondées sur le vieux principe de la séparation de la juridiction, fut-elle administrative, et de l'Administration active a été souvent critiquée en doctrine. Dès 1913, Gaston Jèze n'hésitait pas à les qualifier d'« injustifiables » : « s'y l'on permet, ajoutait-il, à un juge de paix d'ordonner à un maire d'inscrire un individu sur les listes électorales, et si l'on décide même que cette sentence vaudra ordonnance, je ne vois pas pourquoi le Conseil d'Etat ne pourrait pas ordonner au préfet d'inscrire d'office au budget communal une dépense obligatoire » (190); de même M. Mathiot observait-il, il y a quelques années « qu'il y a des cas où la compétence administrative est absolument liée et où la réserve du juge ne favorise que l'arbitraire » (191) ; telle a été aussi l'opinion de M. Di Qual pour qui, « admettre que l'Administration puisse ne pas exécuter ses obligations, c'est renverser la hiérarchie des pouvoirs » (192).

Le principe de la séparation des juridictions et de l'Administration active ne plie-t-il pas déjà de par la substitution de motif, comme il plie lorsque le juge ordonne à l'Administration de produire au cours de l'instruction du recours pour excès de pouvoir tous documents qu'il estime nécessaires à sa recherche de la vérité, comme il plie enfin, ainsi que l'observait récemment M. Waline, lorsque le juge adresse à l'Administration des injonctions de payer ? (193).

Le même M. Waline concluait, aussi bien, que « si la séparation de la juridiction, même administrative, et de l'Administration est un principe de notre droit public, la soumission de l'Administration au Droit en est un autre, et sans doute plus important pour les droits des citoyens » (194).

En réalité, des raisons pratiques permettent de comprendre cette réserve du juge : les refus délibérés de l'Administration d'assumer ses obligations demeurent rares, et d'ailleurs, le fait qu'il s'agisse de refus délibérés rendrait tout à fait problématique l'efficacité de l'injonction juridictionnelle (195).

(190) Jèze, *chron.* in R.D.P., 1913, p. 463.

(191) Mathiot, *note* in S. 1951.3.1.

(192) Di Qual, *op. cit.*

(193) V. Waline, *chron. de jurisprudence* in R.D.P., 1970, pp. 1035 ss. et dans la même revue, p. 394.

(194) Waline, *chron. précitée* in R.D.P., 1970, p. 1040.

(195) Cf. à ce propos P. Weil : « Les conséquences de l'annulation pour excès de pouvoir », *th. not.*, pp. 58 ss.

La technique contentieuse n'en demeure pas moins d'une imperfection choquante : le refus de principe du juge de faire respecter directement le « droit » qu'ont les administrés à l'édition d'un acte obligatoire constitue une atteinte regrettable à la notion même de compétence liée, et cela d'autant plus que ce sont généralement les compétences liées les plus favorables aux administrés qui risquent ainsi d'être privées de leur légitime garantie juridictionnelle.

2) La substitution de motif en dehors de la compétence liée.

Les compétences administratives autres que les compétences liées ne relèvent pas d'une catégorie aussi homogène.

Traditionnellement on s'est pourtant plu à opposer la compétence liée à la notion de pouvoir discrétionnaire, ce dernier consistant en ce que l'Administration a le pouvoir d'apprécier librement les circonstances dans lesquelles il lui revient de mettre en œuvre sa compétence juridique (196).

Bien entendu, les hypothèses où l'Administration possède une marge de pouvoir discrétionnaire, c'est-à-dire d'indépendance, dans l'élaboration de ses actes, et les hypothèses de compétence liée où l'élaboration de l'acte est automatisée, sont antinomiques.

Cependant, l'expression même de « compétence discrétionnaire » risque d'abuser si on entend l'utiliser pour caractériser l'ensemble des actes autres que ceux prédéterminés par un régime de compétence liée. En effet, de nombreux actes administratifs ne relèvent pas réellement du pouvoir discrétionnaire, parce qu'ils ne peuvent être pris que si certaines conditions sont réunies, et sous le contrôle plénier du juge, mais ne sont pas pour autant d'une émission obligatoire dès lors que ces conditions étaient réunies. Il s'agit d'actes qu'en somme l'Administration a l'obligation de ne pas édicter en l'absence de certaines conditions précises, mais aussi la liberté de ne pas édicter ou de ne pas édicter avec un contenu aussi sévère, en dépit de la survenance de ces conditions. Tel est le régime habituel des sanctions, des pouvoirs de contrôle comme du plus grand nombre des compétences de police de l'Administration (198).

Ainsi, M. Timsit pouvait-il distinguer plutôt que le « pouvoir discrétionnaire » et la « compétence liée », les compétences discrétionnaires d'une part, et les compétences réglementées d'autre part, la compétence liée constituant quant à elle « un aspect extrêmement particulier de la compétence réglementée » (199). Devant l'Assemblée du contentieux, en 1968, le commissaire du Gouvernement, M. Kahn, développait une typologie du même ordre : dans ses importantes conclusions sur l'affaire dame Perrot, il mettait ainsi en lumière trois modalités

(196) Par ex. Bonnard : « précis de droit administratif », 1943, pp. 74 ss.

(198) Cf. Di Qual, *op. cit.*, pp. 112 ss.

(199) Timsit, article précité, D. 1964, chr. 217.

possibles d'exercice des compétences administratives quant à leurs motifs : les compétences liées, le pouvoir discrétionnaire, et les compétences qui comportent bien une part d'appréciation administrative, mais où cette appréciation se réalise sous le contrôle du juge : « si bien, concluait M. Kahn, qu'il peut exister trois types élémentaires de contrôle et corrélativement trois modalités d'exercice du pouvoir administratif selon que l'acte est déterminé par les faits, qu'il leur est subordonné, ou qu'il en est indépendant » (200).

Lorsqu'on se pose la question de la substitution de motif, les compétences « subordonnées » et « indépendantes » doivent alors être opposées en bloc à la compétence liée c'est-à-dire obligatoire.

La substitution de motif ne saurait en effet s'y justifier dans leur cas par le respect obligé dû à la volonté de la loi de voir édicter nécessairement l'acte litigieux. La substitution s'y ferait non pas parce qu'en tout état de cause l'Administration *devait* légalement statuer dans le sens où elle l'a fait, mais simplement parce qu'elle le *pouvait*. Or c'est justement parce que l'acte n'était pas obligatoire que la jurisprudence du Conseil d'Etat attache tant d'importance aux motifs qui ont concrètement « déterminé » l'agent public à statuer : aucun motif obligatoire ne validant automatiquement la mesure attaquée, celle-ci ne peut logiquement puiser sa validité que dans la validité même des motifs qui lui ont été donnés par son auteur.

Plus généralement, dès lors que la loi a remis l'émission de l'acte entre les mains d'une manifestation de volonté l'agent investi du pouvoir de statuer, la logique veut que le juge tienne pleinement compte de cette manifestation de volonté, et donc de ses vices éventuels. Si le principe de responsabilité de l'Administration sur les motifs de ses actes peut bien s'effacer devant la notion de compétence liée encore qu'on ait parfois redouté les excès de cet effacement (201) ; en revanche, il s'oppose de façon catégorique à ce qu'en dehors de cette hypothèse exceptionnelle le juge se résolve à faire de son prétoire un service spécialisé en recherche de fondements justificatifs pour des actes que leur auteur aurait irrégulièrement ou approximativement édictés. Il est à présumer que sur la base d'autres motifs l'agent public eut statué différemment. Il est en tout cas convenable qu'en se resituant dans la perspective des motifs qui seuls peuvent justifier sa décision il refasse l'opération d'édiction de son acte et procède à une réévaluation des circonstances de l'affaire.

La jurisprudence admet cependant certaines substitutions de motifs non fondées sur la théorie du motif obligatoire. Elle les admet à des fins éminemment pratiques pour tempérer les risques de trop innopertunes annulations d'actes administratifs, dans des cas d'ailleurs assez exceptionnels et définis restrictivement.

(200) Kahn, concl. sous C.E. (Ass.), 12 janvier 1968, Ministre de l'Economie et des Finances c. dame Perrot, A.J.D.A., 1968.179.

(201) Cf. *supra*, note 184.

1) Le juge accepte essentiellement de pratiquer certaines substitutions de motif appelées « substitutions de base légale » (202) : lorsque le « titre juridique » au nom duquel l'agent a statué ne pouvait en réalité être valablement appliqué, on voit ainsi le Conseil d'Etat se demander parfois si néanmoins l'auteur de l'acte « ne tenait pas d'une autre disposition législative ou réglementaire le pouvoir de prendre cette mesure » (203) ; et en tel cas, il lui arrive de substituer au fondement erroné retenu par l'auteur de l'acte cet autre fondement juridique au nom duquel il aurait fort bien pu prendre la même décision.

Le juge considère en effet que le choix de l'agent pour tel titre de compétence plutôt que pour tel autre a pu ne revêtir en l'espèce qu'une importance accessoire, et n'avoir aucune véritable influence sur l'élaboration même de la décision attaquée pour vice de son fondement juridique.

Dans l'esprit du Conseil d'Etat il est même probable que cette jurisprudence ne fait que prolonger son refus classique de tenir compte de certaines erreurs strictement rédactionnelles commises par l'Administration dans la présentation des « visas » de son acte aux textes appliqués (204) ; ainsi avons-nous vu plus haut comment le juge excusait certains vices dont sont entachées parfois les références de l'acte aux textes appliqués dans la mesure il apparaissait que cette erreur en fait demeurée indépendante de la volonté de l'agent de faire effectivement usage de ses pouvoirs légaux et où cette erreur pouvait en somme être considérée comme une « erreur de plume ».

Or en réalité, on passe insensiblement du cas de la simple « mention » irrégulière à celui où, selon l'expression de M. Kornprobst, « l'administrateur s'est bel et bien trompé sur l'étendu de ses pouvoirs » (205). Il est tout d'abord des hypothèses d'erreurs « formelles » qui confinent en fait à l'erreur de fond et la distinction entre l'une et l'autre est d'autant plus délicate que l'Administration aura tout naturellement tendance à « plaider » devant le juge le caractère simplement formel de son erreur. D'un autre côté, il n'est nullement exclu qu'une véritable erreur de fond dans le choix d'une base légale se révèle tellement secondaire et d'une portée si faible que le juge peut hésiter à en déduire la nullité de l'acte. Tel sera par exemple le cas lorsque la juste base légale est par sa nature très proche de celle que l'auteur de l'acte a utilisée à tort. Dans ces conditions, l'attachement du juge à la présomption résultant de la déclaration de volonté affinerait à un « formalisme » excessif.

Des considérations d'opportunité contentieuse ont enfin pu contribuer à influencer le juge dans son admission même modérée d'une faculté de substitution de motif. On peut en effet faire valoir qu'une annulation risquerait parfois d'empêcher l'Administration de reprendre un

(202) Cf. la bibl. citée au début de la section.

(203) C.E. (Ass.), 25 octobre 1957, Chambre syndicale du commerce de l'automobile, Rec. 553, A.J.D.A., 1957.2.480 et 485, chron. Fournier et Braibant.

(204) Cf. *supra*, p. 87.

(205) Kornprobst : « La notion de partie et le recours pour excès de pouvoir ».

acte peut-être souhaitable en pratique et dont les conditions d'édiction se trouvaient bien réunies.

C'est semble-t-il dans l'arrêt Varlet de 1947 que la Section du Contentieux franchit pour la première fois le pas qui sépare la simple rectification de la base légale sur laquelle l'auteur de l'acte doit être réputé s'être fondé, d'avec la véritable substitution de motif (206). L'affaire concernait un arrêté d'un maire prescrivant au requérant divers travaux destinés à lutter contre l'insalubrité de son immeuble. Cet arrêté s'était à tort fondé sur la loi du 15 février 1902 qui en réalité ne permettait plus au maire depuis un décret de 1938 de prescrire semblables mesures, et en 1941, d'ailleurs, le Conseil d'Etat avait annulé un arrêté municipal pris pourtant le jour même où la loi de 1902 avait cessé de pouvoir servir de base légale à ce genre de mesures (207). La Section du Contentieux refusa pourtant d'annuler certaines des dispositions de l'arrêté municipal litigieux dans la mesure où, dit l'arrêt, le maire « pouvait, en vertu des dispositions de la loi des 5 avril 1884 et 21 juin 1898... en joindre à l'intéressé de faire disparaître toute cause d'insalubrité dans son immeuble ».

Cette solution fut confirmée ultérieurement par plusieurs arrêts (208) et appliquée à d'autres hypothèses (209). En 1957, l'arrêt Rozé la consacra définitivement en même temps qu'il l'enserrait dans un régime particulièrement sévère et restrictif (210).

a) De cette jurisprudence il ressort fondamentalement que la substitution de motif n'est possible qu'à la condition que l'acte effectivement édicté soit entièrement compatible avec la nouvelle base légale dont le juge prend l'initiative de le doter.

Cela suppose d'abord naturellement la compatibilité de la base légale substituée avec le contenu du dispositif de l'acte que le juge n'accepte évidemment pas de modifier.

Les conditions formelles d'édiction de l'acte prévues par la base légale substituée doivent également avoir été respectées par l'Administration en dépit de son recours à une autre base légale (211).

Lorsque d'autre part la base légale substituée par le juge à celle qu'avait retenue l'agent se fixait une limite d'applicabilité dans le temps, le juge vérifie si l'acte litigieux respecte bien en effet cette condition (212).

Surtout, la substitution de fondement juridique doit n'appeler en pratique aucune nouvelle appréciation de fait. Cette condition ressort

(206) C.E. (S.), 21 février 1947, Varlet, Rec. 74.

(207) C.E., 23 décembre 1941, Société « La Brasserie de Vélize » et autres, Rec. 240.

(208) Cf. C.E., 24 mai 1949, Parmentier, Rec. 235. — C.E., 10 mars 1954, dame veuve Picard, Rec. 151. — C.E., 9 novembre 1956, Porry, R.P.D.A., 1956, n° 374.

(209) Par ex. C.E. (S.), 2 novembre 1956, Société Coopérative Laitière d'Hermès, Rec. 402.

(210) C.S. (S.), 8 mars 1957, Roze, Rec. 147, concl. Mosset.

(211) Concl. Mosset, C.E. (S.), 8 mars 1957, Roze, Rec. 147.

(212) Concl. Mosset, préc.

nettement du libellé même des arrêts qui insistent bien sur le fait que seule l'option de l'agent pour tel ou tel titre de compétence se trouve en cause.

Dans ses importantes conclusions à l'affaire Rozé, le commissaire du Gouvernement l'avait également souligné : il faut, disait-il, que ce soit « la même appréciation qui joue » (213).

Cette condition est très importante et c'est certainement elle qui fournit la limite la plus considérable à l'usage de la substitution de fondement juridique ; cela suppose en effet que les pouvoirs institués par la base légale substituée soit du même ordre que celle qui a été en fait utilisée. Cette condition illustre la volonté du juge de limiter le plus possible son immixtion dans l'élaboration de l'acte et de donner à sa substitution la portée la plus restreinte possible (214).

Ainsi cantonnée, la substitution de motif peut ainsi se concilier avec le maintien du principe de responsabilité de l'Administration sur les motifs de ses actes. Aussi bien M. Mosset se refusait-il en 1957 de parler de « substitution de motif », préférant la formule plus discrète de « substitution de base légale » ; il ajoutait même, à l'adresse de la Section du Contentieux qu'en respectant ces conditions et ces limites dans cette « substitution de base légale », en réalité, « vous ne vous substituez pas à l'auteur de la décision attaquée » (215).

On notera cependant que la substitution de base légale n'implique pas l'immutabilité de la nature juridique de l'acte. A cet égard, l'affaire Roze est encore exemplaire : la substitution de base légale alors opérée fit d'un décret pris au titre de la loi du 17 août 1948 un décret-loi pris en application de la loi du 14 août 1954 et appelé de ce fait à acquérir valeur législative. On a d'ailleurs parfois redouté que cette transformation de la nature même de l'acte ne contribue en réalité « qu'à augmenter la confusion juridique » (216).

b) Au-delà même de ces conditions, il ressort des quelques applications que le Conseil d'Etat a fait de la substitution de base légale que la nature des circonstances n'est sans doute pas étrangère à la décision que le juge prend d'y recourir.

Certes, en principe tout acte administratif est passible d'une substitution de base légale, mais en fait, chaque fois qu'il y a été procédé, des raisons pratiques d'opportunité ne pouvaient manquer d'inciter le juge à « sauver » ainsi l'acte.

Cette opportunité paraît d'abord liée au faible degré de protection méritée par les intérêts particuliers en cause : il n'est ainsi sans doute pas indifférent de relever que la jurisprudence Varlet, comme l'arrêt Société Coopérative Laitière d'Hermès de 1956 (217), mettaient

(213) Concl. Mosset, préc.

(214) Cf. aussi C.E., 7 mai 1975, Marchandise, Rec. 286.

(215) Concl. sous C.E. (S.), 8 mars 1957, Rozé, préc.

(216) Chron. Fournier et Braibant, A.J.D.A., 1957.II.180.

(217) C.E. (S.), 2 novembre 1956, Société Coopérative Laitière d'Hermès, Rec. 402.

en cause la salubrité et la santé publiques ; le Conseil d'Etat aura alors pu hésiter à prononcer l'annulation de mesures qui sans être obligatoires n'en étaient pas moins souhaitables.

Il est probable que le Conseil d'Etat a également été sensible aux circonstances dans lesquelles l'erreur administrative avait pu être commise.

La décision Rozé de 1957, la plus fameuse en la matière, est justement très caractéristique de cette prise en considération au moins implicite par le juge du contexte dans lequel intervient la substitution de base légale qu'il se propose de réaliser.

L'affaire concernait un décret réglementaire relatif à l'organisation du marché du vin et le Gouvernement avait hésité entre l'usage de ses pouvoirs réglementaires au titre de la loi de 1948 et celui de l'habilitation législative votée le 14 août 1954. La Section des travaux publics du Conseil d'Etat avait conseillé finalement la loi de 1948 qu'en vertu d'une jurisprudence postérieure à l'édiction du décret litigieux la Section du Contentieux devait pour sa part considérer comme inapplicable à certaines des dispositions adoptées. Il paraissait alors d'autant plus légitime d'excuser l'erreur commise par le Président du Conseil que la durée d'application de la loi de 1954 étant elle-même expirée, le décret en cause n'aurait pu être refait sauf appel au législateur. M. Mosset avait été sensible à ces arguments : « ce que voulait le Gouvernement, devait-il conclure, ce n'était pas essentiellement prendre un décret de la loi de 1948 ou prendre un décret de la loi de 1954, c'était prendre les dispositions contestées. Nous savons qu'il voulait les prendre ; nous savons qu'il pouvait les prendre... le juge ne dépasse pas, croyons-nous, les limites de ses pouvoirs, en décidant qu'il pouvait légalement le faire ».

Inversement, le Conseil d'Etat est visiblement réticent à opérer une substitution de base légale lorsque l'erreur commise par l'Administration sur le fondement de droit de son acte l'a été de mauvaise foi et dans un esprit de détournement de procédure.

Ainsi l'arrêt Société Frampar de 1960 a-t-il exclu la substitution dans une hypothèse de ce genre (218) : l'affaire concernait des saisies administratives de journaux que le préfet avait cru habile de présenter comme des mesures de police judiciaire prises en vertu de l'article 10 du Code d'Instruction Criminelle. S'agissant en fait bel et bien de saisies administratives, le fondement juridique utilisé fut considéré comme inapplicable par le Conseil d'Etat. Celui-ci refusa alors, malgré les propositions en ce sens de son commissaire du Gouvernement, de valider les mesures litigieuses sur la base des pouvoirs exceptionnels de police administrative dont le préfet disposait à cette époque et qui lui auraient fort bien permis de prononcer semblables saisies. Cette substi-

(218) C.E. (Ass.), 24 juin 1960, Société Frampar, et même jour, S.A.R.L. *Le Monde*, Rec. 412, concl. Heuman, A.J.D.A., 1960.1.154, chr. Combarnus et Galabert, R.D.P., 1960.815, concl. Heuman, D. 1960.744, note Robert, S. 1960.3.48, note Debbasch, J.C.P., 1960.2.11.743, note Gour. — Long Weil et Braibant, Grands Arrêts, n° 102, précité, introduction, note 2.

tution aurait peut-être appelé de nouvelles appréciations de fait ; surtout, elle risquait de cautionner une intervention administrative qui avait visiblement été entreprise de mauvaise foi. La solution retenue n'est sans doute pas non plus étrangère au fait que des libertés publiques essentielles se soient trouvées concernées par la décision préfectorale litigieuse.

2) Toutes autres substitutions sont davantage encore exceptionnelles dans la jurisprudence.

On relève certes la tendance du juge à rapprocher du régime de la compétence liée certaines hypothèses de décisions administratives qui paraissent a priori particulièrement importantes à maintenir : ainsi en va-t-il des décisions d'abrogation spontanée par l'Administration de ses règlements illégaux, lesquelles décisions deviennent d'ailleurs obligatoires dès lors que l'Administration est saisie d'une demande en ce sens (219).

Il a pu arriver dans quelques autres hypothèses que le Conseil d'Etat « valide » des actes en leur fournissant des considérations ou justifications de fait autres que celles que leur avait donné leur auteur (220). De telles décisions demeurent cependant isolées. Généralement, lorsque l'Administration prétend justifier son acte en cours d'instance contentieuse par de nouveaux motifs, le Conseil d'Etat préfère se réfugier, si l'on ose dire, derrière le fait que de tels motifs n'ont en réalité absolument pas été retenus à la base de l'émission de l'acte, ou derrière l'absence de toute situation de compétence liée (221). Dans son arrêt le Ministre du Travail du 23 juillet 1976, la Section du Contentieux a d'ailleurs solennellement réaffirmé qu'en aucun cas un acte mal fondé par son auteur ne pouvait échapper à l'annulation grâce à une justification nouvellement invoquée par l'Administration en cours d'instance, quand bien il s'agirait d'un motif que l'Administration n'avait pas pu en fait ne pas retenir, selon l'expression du commissaire du Gouvernement M. Dondoux, et alors qu'il n'y aurait pas eu à proprement parler « substitution », mais analyse plus approfondie des fonde-

(219) Cf. C.E. (S.), 6 novembre 1959, Coopérative Laitière de Belfort, Rec. 581. — C.E., 15 mai 1976, Leboucher et Tarandon, Dr. Adm., 1976, n° 172 (sol. impl. — En l'occurrence le Conseil d'Etat applique à cette hypothèse la jurisprudence des moyens inopérants à l'égard de vices éventuels d'incompétence, de procédure et de forme). — Cf. aussi C.E., 17 janvier 1955, Lepage, Rec. (Tab.), 636. — Dans son cours de contentieux, M. Odent ajoute le cas des arrêtés préfectoraux déclarant nulle de droit une délibération du Conseil municipal en application de l'art. 44 C.A.M. et qui ne seraient pas substantiellement « obligatoires » à défaut de demande, cours précité, pp. 1526-1528, et C.E. (Ass.), 17 juin 1932, Ville de Castelnaudary, préc., Rec. 595, D. 1932.3.26, concl. Josse. — C.E. (Ass.), 1^{er} avril 1938, Laplanche, Coudert, Rec. 339. — C.E., 24 mars 1954, Lacombe, Rec. 181.

(220) Cf. C.E., 26 avril 1950, de Salvart, Rec. (Tab.), 173. — Voir Auby et Drago, Traité précité, n° 1182.

(221) Cf. C.E. (Ass.), 10 octobre 1958, Delarbre, Rec. 482. — T.A. Paris, 25 mars 1964, Doize c. Ministre des Travaux publics et Préfet de Police, A.J.D.A., 1965.2.363, obs. Moreau. — C.E. (Ass.), 8 janvier 1971, Ministre de l'Intérieur c. dame Desamis, Rec. 19, A.J.D.A., 1971.297, concl. Théry. — C.E., 22 janvier 1971, dame Benoist d'Anthenay, Rec. 67. — T.A. Versailles, 13 mars 1974, Brunelin, Rec. 689.

ments de l'acte telle que le juge accepte d'y procéder dans l'hypothèse où l'Administration avancé à l'appui de son acte une « pluralité » de motifs (221 bis).

La substitution de base légale peut bien dès lors être considérée comme la frontière décisive où s'arrête la faculté que le juge se reconnaît de justifier de lui-même les actes qui lui sont déferés par d'autres motifs que ceux qui leur avaient été donnés par leur auteur.

Et il est permis de souhaiter que cette frontière connaisse une durable fortune.

Si en effet la substitution de base légale est en mesure de conserver la « discrétion » nécessaire pour être compatible avec le principe de la responsabilité de l'Administration sur les motifs de ses actes, il n'en va pas de même des autres substitutions et singulièrement de la substitution de motif de fait. Celle-ci suppose en effet nécessairement que le juge se pose un nouveau problème, et donc en réalité, qu'il refasse véritablement l'entière élaboration de l'acte. En outre, la substitution de motif de fait serait beaucoup plus difficile à cantonner dans des limites précises que celle de base légale : il est en effet rare qu'un acte administratif puisse être conservé intact malgré la modification apportée à son fondement juridique et la rareté des hypothèses jurisprudentielles en ce domaine témoigne bien du caractère exceptionnel de la situation. Au contraire la richesse de certaines espèces, et l'étendue des facultés de motivation en fait dont dispose généralement l'Administration, surtout en cas de pouvoir discrétionnaire aboutiraient à une multiplication dangereuse des cas où l'Administration tenterait de faire rectifier par le juge ses erreurs et ses incuries ruinant dès lors tout l'édifice du contentieux des motifs.

Il faut d'ailleurs observer que ce refus de principe de la substitution de motif, hors le cas où l'émission de l'acte était en tout état de cause obligatoire, comporte sinon vraiment une contre-partie, du moins une limite dans sa portée pratique. On relève en effet une propension du juge à refuser d'admettre et d'engager la responsabilité pécuniaire de la Puissance Publique à raison d'un acte entaché d'illégalité interne mais qui aurait éventuellement pu être différemment fondé et être alors régulier, de la même manière d'ailleurs que le Conseil d'Etat est réticent à admettre une responsabilité du fait d'un acte valable au fond mais entaché d'un vice de légalité externe (222).

Cette jurisprudence ancienne s'est manifestée dès l'époque du développement du recours pour excès de pouvoir et de la responsabilité administrative. Le fait que l'Administration pouvait légalement pren-

(221 bis) C.E. (S.), 23 juillet 1976, *Ministre du Travail c. Caisse primaire d'assurance maladie du Jura*, A.J.D.A., 1976.434, *Rev. Adm.*, 1976.607, concl. Dondoux.

(222) Cf. C.S. (S.), 14 juin 1946, *Ville de Marseille*, Rec. 164. — C.S. (S.), 6 mai 1955, *Haut Commissaire de France en Indochine c. Hauger*, Rec. 242. — C.E., 6 février 1961, *Rousset*, Rec. 85, concl. Braibant, C.E., 17 février 1965, *Picard*, Rec. 113. — C.E., 27 janvier 1967, *Société Frega et Compagnie, sieur Musso*, A.J.D.A., 1967.239, note Gautron. — C.E., 25 juin 1971, *Ministre de la Santé*, Rec. (Tab.), 1098. — C.E., 9 décembre 1974, *Matherey, dit Philippe Clay*, Rec. (Tab.), 1136.

dre des mesures analogues ou identiques à celles contestées et mal fondées amène ainsi le juge à dénier la réalité du préjudice allégué par le requérant (223), voire à refuser le qualificatif de « faute » à l'irrégularité commise (224). Sans doute cette jurisprudence n'est-elle pas systématique. Le Conseil d'Etat est en fait surtout soucieux d'éviter l'indemnisation des personnes coupables d'agissements délictueux ou fautifs qui étaient passibles de sanctions mais que l'Administration a réprimés maladroitement sur la base de considérations incorrectes. Mais lorsque l'acte en cause porte atteinte à une situation beaucoup plus légitime et alors même qu'en dépit de l'irrégularité de son fondement il eut pu être justifié, le juge exclut rarement a priori toute éventualité de réparation : il préfère rechercher l'étendue des droits atteints, et celle des « chances » perdues par le requérant du fait de la décision illégale qui a été prise et compte tenu de la probabilité d'une décision différente si l'Administration avait bien respecté le droit (225) ; le juge paraît également réserver le cas du détournement de pouvoir (226), ainsi que l'hypothèse où le fondement régulier susceptible de justifier l'acte ne serait en réalité apparu que postérieurement à l'émission de l'acte (227). Au fond, il apparaît surtout que le juge fait la distinction entre l'irrégularité de l'acte, que sa jurisprudence tend désormais à considérer toujours comme fautive, et l'acte lui-même qui n'est pas forcément, compte tenu des circonstances, générateur d'un préjudice.

Section 2

L'EXCEPTION DE MOTIF SURABONDANT

En droit positif, un motif « surabondant » est un motif dont les vices n'entraînent pas l'annulation de l'acte dans la mesure où cet acte s'est lui-même donné d'autres motifs qui à eux seuls justifient suffisamment son dispositif (228).

(223) C.E., 23 janvier 1926, Anduran, Rec. 82, S. 1926.3.53. — C.E., 27 juin 1969, Compagnie des chargeurs réunis, Rec. 344, A.J.D.A., 1970.710, J.C.P., 1970.2.16.943, note Verrier. — C.E., 30 octobre 1970, Ministre des Affaires sociales c. Constantin, Rec. 631.

(224) C.E., 20 novembre 1942, Vally, D.C. 1944.J.29, note Waline. — C.E., 9 décembre 1970, commune de Neuilly-Plaisance, Rec. 738.

(225) Cf. C.E., 27 juin 1969, Compagnie des chargeurs réunis, préc.

(226) Cf. C.E., 27 juin 1969, Compagnie des chargeurs réunis, préc.

(227) C.E., 20 novembre 1975, Dugenest.

(228) Auby et Drago, Traité précité, n° 1181. 8 Odent, cours précité, p. 1522. — Jèze : « Essai d'une théorie générale sur l'influence des motifs déterminants », R.D.P., 1922, p. 377. — Gandolfi : « Les motifs déterminants dans le recours pour excès de pou-

L'hypothèse est donc celle d'actes fondés sur une « pluralité de motifs » de droit ou de fait, le juge opérant en somme, parmi ces divers motifs, le tri entre ceux dont la validité est indispensable et ceux à la valeur desquels la légalité même de l'acte peut être considérée comme indifférente et qui seront donc qualifiés de « motifs surabondants ».

Il arrive en effet que l'Administration fonde ses décisions de plusieurs considérations juridiques, ou appuie ses motifs de droit de plusieurs circonstances de fait, alors qu'éventuellement une motivation moindre aurait pu suffire à justifier l'acte. Un tel phénomène survient notamment dans les sanctions disciplinaires que les autorités hiérarchiques motivent alors en se référant à plusieurs faits considérés comme fautifs ; il en va ainsi plus généralement dans les hypothèses où le droit amène l'Administration à examiner l'ensemble d'une situation particulière.

On devrait d'ailleurs se féliciter d'abord de cette générosité nouvelle de l'Administration dans la motivation de ses actes. Avant d'avoir à déterminer la portée respective des différents motifs allégués, le juge a, en effet, trop souvent à lutter pour se faire apprendre de l'Administration au moins un motif susceptible de justifier son acte. En vérité, on a suffisamment déploré les motivations sommaires, superficielles et artificielles de certains actes pour ne pas se réjouir de voir ainsi l'Administration circonstancier abondamment ses actes, fournissant au juge une connaissance plus précise des raisons et fondements de ses prétentions.

A l'heure actuelle, la pluralité de motifs est même devenue assez fréquente ainsi qu'en témoigne le nombre croissant d'arrêts qui ont à résoudre les problèmes en découlant. Ce phénomène semble pouvoir être rattaché au plus grand souci administratif d'explicitation de ses actes auprès du public, ainsi qu'à un progrès de la procédure d'élaboration des actes administratifs : le développement des enquêtes, des auditions et consultations, notamment pour tout ce qui touche au pouvoir disciplinaire, devait ainsi déboucher sur des motivations généralement plus détaillées.

Pour autant, la pluralité de motifs n'est pas toujours dénuée d'ambiguïté. Elle peut d'abord être un procédé de camouflage servant à compenser la légèreté de chaque motif par leur multiplication quantitative et visant à emporter grâce à semblable artifice la conviction d'éventuels censeurs quant au bien-fondé de la décision. Le procédé de l'accumulation de motifs est surtout ambigu en ce qu'il pourrait à la limite permettre à l'Administration d'obvier au contrôle juridictionnel de ses actes : plus nombreux sont les motifs allégués, et plus grande est la chance que l'un ou plusieurs d'entre eux échappent à la condamnation du

voir », J.C.P., 1964.1.1835. — Goy, *op. cit.*, p. 472. — Kahn, concl. sous C.E., 12 janvier 1968, Ministre de l'Economie et des Finances c. dame Perrot, A.J.D.A., 1968.179. — Letourneur : « Apparition de nouveaux éléments subjectifs dans le recours pour excès de pouvoir », E.D.C.E., 1953, p. 69. — Sauvignon : « La pluralité de motifs dans l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire », A.J.D.A., 1971.200.

tribunal devant lequel l'Administration invoquera alors « en défense » l'existence des quelques bons motifs qui subsistent.

Même si l'on écarte l'éventuelle arrière-pensée qui a pu présider la multiplication des justifications apportées à l'acte, il demeure que cette pratique met en cause des intérêts contradictoires.

Refuser d'un côté toute surabondance au nom de la responsabilité de l'Administration sur les motifs de ses actes risquerait d'entraîner de trop fréquentes annulations pour des actes qui ont tout de même été assortis par leur auteur de motifs qui pour le reste sont suffisants à le justifier vis-à-vis de la loi. La différence doit être faite entre cette hypothèse et celle où faute que l'acte lui-même soit aucunement justifié le juge ne peut sauver l'acte qu'en lui donnant des motifs entièrement nouveaux qu'il substitue à ceux que l'Administration avait à tort allégués.

D'un autre côté, l'admettre trop libéralement risquerait à l'inverse, comme la pratique trop fréquente de la substitution de motif, d'encourager dangereusement l'Administration à édicter plus ou moins approximativement ses décisions juridiques.

Entre ces deux nécessités contraires, la jurisprudence du Conseil d'Etat a eu historiquement du mal à trouver un parfait équilibre, et M. Kahn pouvait qualifier la question en 1968 comme constituant encore « pour les meilleurs esprits, un sujet de controverse » (229).

L'évolution historique des solutions contentieuses en la matière révèle cependant que les juges du Palais Royal se sont progressivement fait une doctrine du motif surabondant qui joue un rôle essentiel dans la construction générale du bien-fondé des actes administratifs.

Le cas où l'acte relevait d'une compétence liée devait bien entendu être réservé par le juge : l'admission de la surabondance s'y justifier en effet par la même logique que celle qui anime en telle occurrence la substitution de motifs (230).

Pour le reste, la jurisprudence a en fait été longtemps tentée par une admission assez systématique d'une telle excuse. Progressivement, le Conseil d'Etat en est cependant venu à y voir une simple « exception » dont le contentieux contemporain s'efforce alors d'aménager la mise en œuvre.

1) L'évolution du contentieux vers la définition de la surabondance de motif en tant que simple exception.

1) Jusqu'en 1948, la tendance générale du Conseil d'Etat fut d'excuser très facilement les actes qui se fondaient, à côté de motifs valables et en soi suffisants, sur des considérations erronées.

(229) Kahn, concl. préc. sous C.E. (Ass.), 12 janvier 1968, *Ministre de l'Economie et des Finances c. dame Perrot*, A.J.D.A., 1968.179.

(230) Par ex. C.E. (S.), 11 mars 1966, *Leriche et Sacre*, Rec. 206 et *infra*, p. 115.

Les premiers arrêts d'annulation d'actes administratifs sur la base du vice des motifs n'avaient d'ailleurs pas manqué de souligner, un peu en manière de justification complémentaire, que le vice constaté atteignait « l'unique motif » allégué (231) ; la formule de l'arrêt Sarraïl de 1930 est également caractéristique : « le sous-préfet, y est-il dit, ne pouvait fonder exclusivement la révocation... sur une cause juridique inexistante » (232).

Au niveau même des hypothèses de pluralité de motifs, la jurisprudence ne tarda pas à faire montre d'un certain laxisme, encore qu'à l'origine les solutions retenues n'aient pas été très nettes : ainsi, dans l'arrêt Camino, le Conseil d'Etat procéda à la vérification de la justesse des deux griefs reprochés au maire d'Hendaye sans prendre, même implicitement, position pour le cas où l'un des deux seulement se serait révélé irrégulièrement invoqué (233) ; en 1935, c'est par référence à « l'espèce » que l'arrêt Quinton reconnaît le caractère « surabondant » d'un des motifs d'une sanction disciplinaire dont il venait de constater l'inexactitude matérielle. C'est, semble-t-il, dans cet arrêt que le juge employa pour la première fois l'expression même de « surabondance » (234).

A partir de 1938, la formulation des arrêts devient cependant davantage systématique. Ainsi, les arrêts Cazeaux de 1938 et Alttesteben de 1939 (235) valident sans hésitation des sanctions disciplinaires compte tenu de ce que « certains des faits » retenus étaient bien de nature à justifier la sanction prise, les autres ayant été couverts par une loi d'amnistie. L'arrêt Pujol de 1939 devait confirmer la volonté du juge d'admettre par principe la surabondance de motif : cet arrêt refuse même en effet de vérifier si le second motif d'une mesure de révocation est ou non correct ; l'arrêt se borne à constater que le premier des motifs allégués « suffisait à justifier la décision prise » (236). L'arrêt Ville de Toulouse de 1947 adopte une formulation similaire à l'occasion d'une requête dirigée contre une sanction disciplinaire : alors qu'en première instance le Conseil de Préfecture avait annulé cette sanction ; le Conseil d'Etat considère quant à lui qu'« à supposer que certains des faits aient été reprochés à tort au sieur Daïgnan, ceux dont l'exactitude matérielle est établie... pouvaient justifier les griefs de négligence » (237). Ces solutions sont très nettes : l'acte est valablement fondé dès lors que certains de ses motifs le justifient et donc quelques soient les erreurs dont ses autres motifs sont entachés (238).

(231) C.E., 26 juin 1912, Boisselet, Rec. 740. — C.E., 22 février 1918, Sœurs Hospitalières de Lyon, Rec. 187.

(232) C.E., 5 décembre 1930, Sarraïl, Rec. 1040, D. 1931.3.58.

(233) C.E., 14 janvier 1916, Camino, S. 1922.3.10, concl. Corneille, préc.

(234) C.E., 24 janvier 1935, Quinton, Rec. 85.

(235) C.E., 2 juillet 1938, Cazeaux, Rec. 222. — C.E., 21 juillet 1939, Alttesteben, Rec. 505.

(236) C.E., 5 juillet 1939, Pujol, Rec. 450.

(237) C.E., 30 mai 1947, Ville de Toulouse, Rec. 235.

(238) Cf. aussi C.E., 12 janvier 1938, Compagnie des Chemins de Fer à voie étroite de Saint-Etienne, Firminy et Rive-de-Gier, S. 1938.3.349, 3^e esp. et C.E. (S.), 30 octo-

Comme cela a été exposé en doctrine (239), cette solution fut essentiellement conçue alors dans la perspective du pouvoir discrétionnaire administratif qu'elle visait à ménager, et à l'égard duquel le juge manifestait ainsi son « respect » (240). Dès lors en effet que le juge envisage de ne pas « sauver » un acte reposant en partie sur des motifs incorrects, il en vient indirectement, semble-t-il, à décider de la valeur et de l'adéquation précises des autres motifs, eux valables, de l'acte, pour en fonder le dispositif. Le pouvoir discrétionnaire astreint justement le juge à se contenter parfois, à l'appui de l'acte, de l'existence de considérations entrant dans le domaine de la compétence mise en œuvre, et de faits exacts, mais sans superviser l'étendue des conséquences qu'en a tirées l'Administration. L'hypothèse de la pluralité de motif ne devrait donc pas, estimait-on, autoriser le juge à réaliser un contrôle auquel il ne procéderait pas autrement : si les motifs subsistants étaient a priori de nature à justifier l'acte, cet acte doit être maintenu, comme il l'aurait été si ces motifs seuls avaient été invoqués. Ainsi Jèze concluait-il en 1922, que « si un agent public avait un pouvoir d'appréciation, l'inexactitude d'un des motifs ne vicie pas l'acte. Le motif qui subsiste, pourvu qu'il ne soit pas illégal, justifie l'exercice de sa compétence » (241).

Plus généralement, d'ailleurs, c'est une déférence de principe, et une volonté systématique de modération qui explique cette propension du juge à refuser l'annulation d'actes partiellement mais suffisamment motivés : dès lors que l'acte aurait pu être édicté sur la base des motifs subsistants l'annulation pouvait sembler vexatoire, sinon même dangereuse, alors que l'acte en cause bénéficiât d'une justification en soi et que son auteur, au moins en partie, l'avait en définitive assorti de justifications suffisantes.

2) La doctrine et la jurisprudence modernes réagissent heureusement contre cette admission trop facile de la surabondance de motif.

Récemment, M. Kahn devait même montrer comment c'est au contraire dans l'hypothèse du pouvoir discrétionnaire que la reconnaissance par le juge du caractère surabondant des motifs erronés serait le moins justifiée (242).

Lorsqu'en effet le juge se reconnaît un pouvoir de supervision des appréciations administratives sur les circonstances de l'espèce, M. Kahn estimait qu'on pouvait bien aussi lui reconnaître le pouvoir d'examiner « si les faits qui subsistent sont de nature à justifier la décision ».

bre 1942, Compagnie Générale des Eaux, D. 1943.J.63, note M. M. où les motifs erronés dont l'acte faisait état se trouvaient être des motifs financiers entachés de détournement de pouvoir.

(239) Cf. Gandolfi, art. préc., J.C.P., 1964.1.1835. — Sauvignon, art. préc., A.J.D.A., 1971.200.

(240) Sauvignon, art. préc.

(241) Jèze, art. préc., R.D.P., 1922.377.

(242) Concl. Kahn, C.E. (Ass.), 12 janvier 1968, ministre de l'Economie et des Finances c. dame Perrot, A.J.D.A., 1968.179.

En revanche, lorsque l'agent disposait d'un pouvoir discrétionnaire d'appréciation, il considérait que le juge devrait pleinement tenir compte de cette liberté donc de cette responsabilité administrative. Si l'on annule l'acte relevant d'une appréciation discrétionnaire parce que son auteur l'a fondée sur un motif unique entaché d'une erreur de fait, on doit en réalité tout autant annuler si une partie seulement de ses motifs se trouve viciée : dans les deux cas, le raisonnement est le même, et M. Kahn l'exprimait dans une heureuse formule de synthèse : « l'Administration mérite d'être prise au sérieux même lorsqu'elle se trompe ».

C'est en réalité en décidant que les motifs subsistants suffisent à fonder l'acte que le juge entreprendrait sur l'appréciation administrative. Ainsi, le juge ne vérifie pas l'adéquation des sanctions disciplinaires à la gravité des fautes qui les ont motivées : dès lors, si certains des griefs retenus à l'encontre de l'agent se révèlent faux ou mal qualifiés, ce sont les données mêmes de l'appréciation administrative qui changent : une sanction eut peut-être été prononcée malgré tout, mais ce n'eut pas été forcément la même. En maintenant le dispositif en dépit du changement des données de base de l'affaire, le juge referait donc en la modifiant l'appréciation administrative qu'il ne contrôle normalement pas. Qui sait même si la décision qu'a prise l'agent de recourir à ses pouvoirs de sanction n'a pas été influencée par les griefs qui sont en définitive inexacts ?

Depuis une trentaine d'années, le régime juridique du pouvoir discrétionnaire tend justement à « compenser » la liberté dont l'Administration dispose pour apprécier les circonstances de l'affaire, par l'obligation de procéder d'une façon prudente et diligente à cet examen : tout en s'abstenant de contrôler le contenu même de cette appréciation, le juge peut ainsi espérer avoir des garanties quant au sérieux de sa réalisation (243).

Cette « moralisation » de l'exercice du pouvoir discrétionnaire par l'exigence d'un examen attentif des circonstances de l'affaire a justement trouvé depuis la guerre un terrain d'élection dans les hypothèses de motif partiellement erroné.

En tel cas, on considère aujourd'hui que l'appréciation administrative, pour discrétionnaire qu'elle soit, ne peut être valablement exercée que sur la base de matériaux corrects. Une erreur même partielle sur ses motifs vicie donc cette appréciation qu'il n'appartient pas au juge de refaire.

En réalité d'ailleurs, qu'on se trouve ou non dans un cas d'appréciation discrétionnaire administrative, il serait logique de refuser a priori toute surabondance de motif dès lors simplement que l'émission de l'acte litigieux ne relevait pas d'une obligation légale. On a vu comment en dehors de la compétence liée le juge refusait normalement de pratiquer la substitution de motif ; or, ce serait d'une certaine manière pour le juge se substituer à l'Administration active que d'af-

(243) Cf. *infra*, II^e partie, titre 1, chapitre 2, section II.

firmier la validité d'un acte sur la base d'une partie seulement des motifs dont son auteur l'a doté. La faculté que se reconnaît le juge de contrôler les appréciations administratives ne l'autorise pas à les refaire lui-même sur de nouvelles bases. En telle hypothèse comme en cas de pouvoir discrétionnaire, c'est à l'agent public d'évaluer lui-même d'abord si et dans quel sens il convient d'agir. Si les bases de son raisonnement sont fausses, ne serait-ce que partiellement, le rôle du juge est de lui dire et de lui recommander un nouvel examen de l'affaire.

Cette évolution de la conception que notre régime administratif se fait de la fonction d'édiction des actes juridiques administratifs s'est traduite depuis la guerre par l'abandon de toute admission automatique de la surabondance telle qu'un moment le Conseil d'Etat l'avait admise pour le cas où certains des motifs subsistants auraient éventuellement été de nature à justifier l'acte attaqué.

Il ne pouvait pour autant être question de maintenir dans toute sa rigueur absolue le principe suivant lequel toute erreur dans les motifs d'un acte entraîne la nullité du dispositif édicté sur leur base. En fait, une telle solution, qui n'a d'ailleurs jamais été proposée même par les adversaires les plus résolus de la « surabondance de motif », était impensable, et cela pour des raisons pratiques auxquelles on sait le Conseil d'Etat justement sensible. Il est en effet des hypothèses où malgré l'irrégularité de l'un des motifs de l'acte, il est absolument évident que la même solution eut été adoptée par l'auteur de l'acte. L'annulation de l'acte partiellement mal motivé serait particulièrement regrettable lorsqu'en fait la réédiction de cet acte serait impossible étant donné par exemple l'expiration de la durée de l'habilitation légale ; en tel cas la loi ne recevrait donc pas d'application alors qu'un ou plusieurs motifs d'édiction avaient été reconnus comme valables à l'occasion du débat contentieux. A la limite, l'Administration ne finirait-elle pas par préférer renoncer à ces motivations précises et détaillées qu'elle fournit spontanément dans le cas le plus général ?

S'il est incontestablement équitable de « prendre l'Administration au sérieux, même lorsqu'elle se trompe », il n'en est pas moins nécessaire que le juge procède également à une prise en considération sérieuse des intérêts et du contexte propres à l'espèce. Le juge aussi a ses responsabilités envers l'acte qui lui est déféré, et sa censure se doit d'être raisonnable.

Aussi bien le droit positif n'a-t-il pas répudié toute admission de la surabondance de motif pour les actes qui ne seraient qu'en partie seulement mal fondés. Il entoure cependant cette admission de restrictions et de nuances qu'originellement elle ne connaissait pas : alors que les arrêts Pujol et Ville de Toulouse tendaient à en faire une règle, la jurisprudence moderne l'a finalement cantonnée au niveau d'une simple exception dont le juge puisse apprécier en chaque cas l'utilité et la légitimité.

Dès 1940, d'ailleurs, à côté des arrêts qui se contentent a priori de la validité de « certains » des motifs de l'acte, d'autres décisions contentieuses révélaient les hésitations du Palais-Royal sur le point de savoir quand précisément un motif erroné de l'acte pouvait ou non être considéré comme surabondant et donc indifférent à la validité même de l'acte concerné. Dans l'arrêt Bernard de 1941, ce n'est que sur la base d'un recours à son « instruction » que le Conseil d'Etat accepte d'établir une discrimination entre les « motifs déterminants » et la « mention » irrégulière de faits couverts par l'amnistie et dont le rappel a eu, en l'espèce, un « caractère surabondant » (244).

Durant l'année 1947, la jurisprudence devait traduire de plus en plus nettement cette hésitation du juge entre l'admission automatique ou nuancée de la surabondance de motif. Un arrêt Chambolle valide par exemple une mesure d'épuration administrative compte tenu de ce que l'un des griefs allégués « étant au nombre de ceux que vise (la loi de compétence), le Ministre pouvait légalement... prendre à son égard la mesure de suspension contestée », « quelle que fut la nature des autres griefs articulés à l'encontre du requérant » (245). D'un autre côté, quelques espèces plus complexes nous montrent le juge tirer au contraire d'investigations très précises sa décision d'accorder ou non à tels motifs erronés le caractère de motif surabondant (246).

Le caractère de simple exception de la surabondance de motif sera définitivement consacré en 1948 par l'arrêt Cannavaglia dont les principes continuent encore à fonder, pour l'essentiel, la jurisprudence contemporaine du motif surabondant (247).

Dans cette affaire qui concernait encore une sanction d'épuration, deux des trois motifs allégués par l'acte étaient erronés. Le Conseil d'Etat devait alors refuser de considérer ces motifs erronés comme « surabondants » car, précise justement l'arrêt lui-même, « il ne ressort ni des termes de l'arrêté attaqué, ni des pièces versées au dossier que le troisième et dernier grief retenu... aurait à lui seul entraîné la décision prise contre lui par le Ministre de l'Intérieur ».

Des considérations d'espèce, et le fait que les « deux-tiers » du motif, si l'on ose dire, fussent erronés, n'ont sans doute pas été étrangers à la solution adoptée. En 1968, M. Kahn, qui fut d'ailleurs rapporteur à l'affaire Cannavaglia, devait ainsi dire qu'à l'époque cette jurisprudence avait été « improvisée ».

En tout cas une nouvelle jurisprudence naissait, qui n'admettait plus automatiquement ni volontiers qu'un acte soit excusé des vices atteignant ses motifs dès lors que cet acte reposerait également sur d'autres motifs même réguliers, même théoriquement suffisants à le justifier.

(244) C.E., 29 octobre 1941, Bernard, Rec. 180.

(245) C.E., 20 juin 1947, Chambolle, Rec. 274. — Cf. aussi C.E., 26 juillet 1947, Chamouton, Rec. (Tab.), 608 (sol. a contrario).

(246) C.E., 12 décembre 1947, Deprin, Rec. (Tab.), 608. — C.E., 18 juillet 1947, Esnaut, Rec. 327.

(247) C.E., 14 janvier 1948, Cannavaglia, Rec. 18.

2) L'aménagement pratique de l'exception de surabondance.

1) La surabondance est d'abord admise — comme on l'a déjà évoqué — à titre d'ailleurs systématique, dans l'hypothèse ou de toute façon l'émission de cet acte était rendue obligatoire par ses autres motifs. Puisqu'en telle situation de compétence liée, la substitution de motif est admise, à plus forte raison, si parmi les motifs allégués figurent ceux qui le justifient légalement, l'acte sera-t-il considéré comme « régulier, sans qu'il y ait lieu d'examiner le bien fondé des autres motifs » (248), ou encore, comme disent certains arrêts, « quelle que soit la validité des autres motifs » (249).

2) En-dehors de cette situation, la surabondance est admise, d'après la jurisprudence, essentiellement en fonction de la place tenue par les motifs erronés dans la délibération de l'acte.

Sans doute le juge pratiquerait-il a priori l'excuse de surabondance dans les rares hypothèses où même sans compétence liée il admet la substitution de motif (250).

Mais, plus généralement, le juge accepte de rechercher si l'acte aurait été pris sur la base des seuls motifs corrects qui lui avaient été donnés, si l'auteur de l'acte aurait bien pris effectivement la même décision.

De par cette méthode, d'ailleurs, la théorie de la surabondance apparaît peut-être davantage comme un aménagement, voire comme un perfectionnement de l'idée de responsabilité de l'Administration sur les motifs de ses actes, et un prolongement de la distinction opérée par le juge entre les véritables motifs, et les simples circonstances d'émission de l'acte, que comme une réelle remise en cause de cette responsabilité administrative.

Le principe de cette jurisprudence est d'ailleurs que tous les motifs « au nom desquels » l'acte a été pris sont présumés « déterminants » et donc qu'a priori l'acte mérite en quelque sorte son annulation dès lors qu'une partie de ses justifications est incorrecte (251) ; et aussi bien le juge expose-t-il généralement dans son arrêt, contrairement à ce qu'il fait en cas de compétence liée, son jugement sur chaque motif retenu avant d'en rechercher l'éventuelle surabondance, témoignant ainsi de l'importance de principe de tous les motifs de l'acte, seuls quelques arrêts, où la surabondance de certains motifs était probablement

(248) Cf. *supra*, p. 93, et par exemple, C.E. (S.), 13 janvier 1965, Association d'éducation populaire, Rec. 29, A.J.D.A., 1965.240, concl. Bernard. — C.E. (S.), 22 octobre 1965, Ministre de l'Education Nationale c. demoiselle Parayre et autres, Rec. 544. — C.E., 28 janvier 1966, Ministre de l'Education Nationale c. dame Lerisser et sieur Tormento, Rec. (Tab.), 1064. — C.E. (S.), 11 mars 1966, Leriche et Sacre, Rec. 206. — C.E., 26 février 1971, Alemart, Rec. (Tab.), 1163.

(249) C.E., 17 janvier 1969, Bagot, Rec. 28.

(250) Cf. *supra*, p. 91.

(251) Cf. C.E., 13 juillet 1967, d'Albaret, Rec. (Tab.), 684.

manifeste, négligeant en fait semblable examen (252), ou même laissant à entendre que la surabondance serait présumée à l'égard des motifs inexactes (253).

La jurisprudence exige d'autre part que le ou les motifs prétendument déterminants aient été avancés lors de l'émission même de l'acte, et non pas invoqués a posteriori en cours d'instance, quand bien il s'agirait d'un motif extrêmement probable d'émission de l'acte litigieux. Le juge n'aime guère, on l'a vu, les justifications a posteriori des décisions administratives (254).

Quant à déterminer comment concrètement un motif est à considérer comme surabondant, le juge s'est longtemps fixé sur une doctrine assez stricte avant d'assouplir depuis 1968 sa jurisprudence dans un sens plus favorable à cette excuse.

a) De 1948 à 1968, la surabondance n'a ainsi été que peu souvent et très difficilement admise par le Conseil d'Etat, comme en réaction par rapport aux tendances de l'ancienne jurisprudence.

On peut voir là l'expression d'une politique jurisprudentielle qu'expliquerait déjà largement le contexte de l'époque.

La jurisprudence Cannavaglia est née, en effet, dans le contentieux de l'Épuration et elle tenait fondamentalement à la volonté du juge de réagir contre toute atteinte mal circonstanciée aux libertés et aux droits individuels. Le caractère répressif de ce secteur de l'action administrative parut justifier plus particulièrement une mise en œuvre restrictive de la surabondance : l'erreur partielle commise par l'Administration dans ses motifs laissait planer un doute sur l'appréciation qu'elle eut faite des seuls motifs subsistants ; par analogie avec le droit pénal, on pouvait considérer, avec M. Waline, que ce « doute » devait bénéficier à l'accusé (254 bis). Une argumentation similaire pouvait être tenue dans le contentieux disciplinaire de la fonction publique également très concerné par la jurisprudence Cannavaglia.

La méthode même employée alors par le juge pour conclure à l'éventuelle surabondance des motifs erronés se caractérise par sa prudence.

Certes, il n'est pas rare que le Conseil d'Etat se contente de procéder par simple affirmation (255) ou par une expéditive référence aux

(252) Par ex. C.E., 11 juillet 1952, veuve Montluc, Rec. 378. — C.E., 16 février 1973, Foissy. Rec. (Tab.), 1021, et R.D.P., 1973.1086 (qui utilise même l'expression de « moyen inopérant »). — C.E., 4 janvier 1974, Ministre de l'Intérieur c. dame Beysson, Rec. 8.

(253) Cf. C.E., 19 novembre 1969, Coopérative des propriétaires récoltants de Champagne, Rec. 514.

(254) C.E. (S.), 23 juillet 1976, Ministre du Travail c. Caisse primaire d'assurance maladie du Jura, A.J.D.A., 1976.434 et 416, chr. Mme Nauwelaers et Fabius, préc. — Cf. *supra*, notes 221 bis et 162 bis.

(254 bis) Waline, chr. sous C.E., 2 octobre 1954, Rougier, R.D.P., 1955.187.

(255) Cf. C.E., 8 décembre 1948, Gay (« que ce grief ne peut être considéré comme surabondant », Rec. 462. — Cf. aussi C.E., 29 avril 1969, Carrau qui se contente de dire « que l'un des griefs déterminants est matériellement inexact », Rec. 186. — C.E., 26 octobre 1949, Chatelard, R.D.P., 1950.448.

« circonstances de l'affaire » (256), pour admettre ou surtout refuser l'exception de surabondance. Mais, dès l'arrêt Cannavaglia, une méthode de recherche de la surabondance de motif avait été définie que la jurisprudence finira par consacrer : cette méthode consiste à dégager l'éventuelle surabondance des motifs à partir des « termes » de la décision ainsi que des « pièces du dossier ». Cette méthode est révélatrice de la distance que le Conseil d'Etat entend maintenir vis-à-vis de la manifestation de volonté de l'auteur de l'acte qu'il se contente, par semblable méthode, de constater, sans s'immiscer lui-même dans l'appréciation des circonstances de l'affaire.

La plupart des décisions qui ont à cette époque admis la surabondance de motif se sont ainsi référées volontiers aux « termes mêmes » de la décision concernée et à l'importance respective que son auteur même avait originellement attribuée aux différents motifs dont il s'était prévalu (257) ; à plus forte raison si l'acte ne se réfère lui-même qu'à un seul motif, le juge refuse alors de la considérer comme « surabondant » par rapport aux autres motifs d'intervention qui pourraient ressortir par exemple des pièces du dossier (258).

En vérité, cette référence aux « termes » de la décision pour conclure à la surabondance éventuelle de tel ou tel de ses motifs ne peut être considérée comme totalement satisfaisante. Elle suppose que la décision elle-même expose la hiérarchie précise de ses motifs ou l'importance particulièrement décisive attachée à tels d'entre eux, ce qui est en pratique assez rare. Il faut reconnaître qu'elle est d'autre part artificielle car rien ne garantit la sincérité de ces « termes » de la décision : l'Administration n'aurait qu'à qualifier elle-même d'accessoires les griefs ou les motifs dont elle est le moins sûre. Elle suppose enfin une interprétation parfois difficile du vocabulaire utilisé par l'auteur de l'acte : confronté à un cas concret, M. Kahn jugeait pour sa part, en 1968, « ces considérations de style (comme) un peu vaines » (259).

Les pièces du dossier auxquelles les arrêts se réfèrent également quelquefois conduisent, il est vrai, le juge à un degré d'investigation complémentaire : en 1948, le Conseil d'Etat a pu ainsi déduire le caractère surabondant d'un motif du fait que le dit grief n'avait été examiné qu'à une séance ultérieure à celle qui avait vu la commission d'épuration proposer la sanction qui fut en définitive retenue (260).

Le plus souvent cependant, la référence de l'arrêt aux « pièces du dossier » est loin d'être assortie de ces explications qui permettent à l'observateur de connaître avec précision la manière dont s'est for-

(256) Par ex., C.E., 1^{er} juin 1949, Mauriac, Rec. 259.

(257) Cf. par ex., C.E., 18 avril 1951, dame Charrel, R.D.P., 1951.1145. — C.E., 26 mars 1958, Toledo, Rec. 200. — C.E., 6 mars 1962, Syndicat Autonome du Personnel Hospitalier de Bayonne, Rec. (Tab.), 866. — C.E. (S.), 18 mai 1962, Soc. H. Roy et Cie, Rec. 332.

(258) C.E. (S.), 3 décembre 1948, Soc. Générale d'Equipeement, Rec. 458.

(259) Concl. Kahn, préc.

(260) C.E., 29 décembre 1948, Duchemin, Rec. (Tab.), 599.

mée la conviction du juge ; les cas où le juge a admis la surabondance de motif à partir de ces « pièces du dossier » ne paraissent d'ailleurs guère plus nombreux que ceux où elle a été tirée des « termes mêmes » de la décision (261).

b) Depuis 1968, la politique jurisprudentielle du Conseil d'Etat paraît avoir pris un tournant décisif qui l'a conduit à intensifier sa recherche du caractère surabondant ou déterminant des différents motifs de l'acte. De ce fait, il en vient à accueillir plus facilement l'exception de motif surabondant.

La conjoncture nouvelle au sein de laquelle se meurt le contentieux contribue à expliquer cette évolution de l'attitude du Conseil d'Etat.

Depuis la guerre, le contrôle du juge s'est tellement intensifié sur les motifs des actes administratifs, qu'en réalité le juge hésite moins à examiner très précisément la façon dont l'agent s'est déterminé à statuer.

D'un autre côté, la multiplication des hypothèses de motivation plurielle devait sans doute conduire le juge à se fixer des moyens de contrôle plus approfondis sur les conséquences à tirer de l'erreur partielle commise dans les motifs.

Après vingt ans d'exercice le juge a enfin acquis une plus grande maîtrise de la technique de motif surabondant, ce qui lui permet de la définir plus précisément.

En réalité, il était évident que le « compromis » de l'arrêt Cannavaglia consistant à juger de la surabondance à partir des seuls termes du dossier ou du contenu des pièces du dossier, était difficilement tenable.

La force des choses devait ainsi nécessairement le conduire à dépasser ce premier examen extérieur de l'acte pour établir plus en profondeur la hiérarchie véritable de ses motifs.

Dans l'arrêt dame Perrot de 1968, le Conseil d'Etat a justement réalisé cette intensification des formes du contrôle que le juge se reconnaît pour déterminer si tel motif erroné de l'acte peut voir excuser son vice au nom de sa « surabondance ». Pour établir cette surabondance, l'arrêt dame Perrot et la jurisprudence qui a suivi ne se réfèrent plus en effet seulement aux « termes » de la décision ou aux pièces du dossier ; d'une manière générale, les arrêts invoquent désormais « l'instruction » au terme de laquelle le juge a estimé que l'auteur de l'acte « aurait pris la même décision s'il n'avait retenu que l'autre motif » (262).

(261) Voir par ex. C.E., 29 décembre 1948, Duchemin, Rec. (Tab.), 599. — C.E., 11 juillet 1952, Montluc, Rec. 378. — C.E., 4 mai 1951, Grand, Rec. 244. — C.E., 18 janvier 1952, Sciandra, R.D.P., 1952.826. — C.E., 15 mars 1961, dame Luc Laurent, et René Laurent, A.J.D.A., 1961.2.486.

(262) C.E. (Ass.), 12 janvier 1968, Ministre de l'Economie et des Finances c. dame Perrot, préc., Rec. 39, A.J.D.A., 1968.179, concl. Kahn, et p. 338, chr. Massot et Dewost.

La surabondance reste certes une exception, et une simple excuse, après que le juge ait examiné la correction des différents motifs donnés à l'acte par son auteur.

La formule de l'instruction n'en indique pas moins que le juge ne se refuse désormais a priori à aucune investigation personnelle au sein du processus de délibération de l'acte en vue de déterminer précisément sur quelles considérations son auteur s'est d'abord et essentiellement fondé. Au-delà du contenu formel des allégations administratives le juge évoque alors véritablement toute l'affaire en vue de dégager les ressorts réels de l'acte litigieux.

Cette nouvelle méthode a au moins un avantage : la motivation plurielle cesse d'être pour l'acte un risque supplémentaire d'annulation : le juge fera bonne mesure de chacun de ces motifs. On s'aperçoit d'ailleurs que depuis cet élargissement de sa méthode de détermination de la surabondance de motif, le juge l'admet en pratique beaucoup plus souvent (263), deux fois sur trois, semble-t-il, contre une fois sur trois précédemment (263 bis).

La seule limite que le juge fixe encore à ses investigations tient à ce qu'en principe il n'admet l'exception de surabondance que sur la base de ce qu'a voulu et de ce qu'aurait fait l'auteur de l'acte lui-même. Malheureusement, les arrêts demeurent plus que jamais laconiques sur la manière précise par laquelle le juge en vient à conclure que « même s'il n'avait retenu » que ceux de ses motifs qui s'avèrent exacts, l'auteur de l'acte « aurait » bien pris la même décision. Aussi bien est-il permis de penser qu'en pratique le juge ne demeure pas nécessairement insensible à la considération de l'utilité « objective » qu'il peut y avoir à conserver à l'acte sa validité ou en tout cas à l'opinion qu'il se fait de ce que lui-même aurait décidé dans les circonstances de l'affaire « s'il n'avait retenu » que les motifs réguliers de l'acte qui lui est déféré.

On doit même noter que dans des cas isolés le Conseil d'Etat n'a pas hésité à constater directement la suffisance des motifs non viciés de l'acte, oubliant alors toute référence au contenu de la volonté de

(263) Par ex. C.E., 17 janvier 1968, Loeb, Rec. 43, A.J.D.A., 1968.2.355. — C.E., 26 janvier 1968, époux Buvat, Rec. 60. — C.E., 22 mars 1968, Société des Laboratoires Beytout, A.J.D.A., 1968.2.356. — C.E., 19 avril 1968, demoiselle Lebrun, A.J.D.A., 1968.2.357, et la chr. Massot et Dewost, A.J.D.A., 1968, p. 339 (dans l'affaire Lebrun, trois des quatre motifs retenus à l'appui de la décision étaient erronés, tous trois furent considérés comme « surabondants » au regard de ce qu'aurait décidé l'Administration en leur absence). Cf. aussi C.E., 2 octobre 1968, Moulignier, Rec. 469. — C.E., 12 février 1969, demoiselle Collard, Rec. 89, A.J.D.A., 1969.2.320. — C.E., 5 décembre 1969, Marquetot, Rec. (Tab.), 932. — C.E. (Ass.), 12 décembre 1969, Le Luc, Rec. 580. — C.E., 21 juillet 1970, Pierrisnard, Rec. 538. — C.E., 28 avril 1971, Cottés, Rec. (Tab.), 1166. — C.E., 10 novembre 1972, Association pour le service médical scientifique français, Rec. 724, dame Beysson, Rec. 4. — C.E., 27 février 1974, Ministre des Transports c. Broch, Rec. 155. — C.E., 17 mai 1974, Secrétaire d'Etat auprès du Premier Ministre chargé des D.O.M.-T.O.M., c. Thazard, Rec. 231. — C.E., 18 juin 1975, Ville d'Arras. — C.E., 20 juin 1975, époux Plantelin.

(263 bis) Cf. concl. Dondoux sous C.E. (S.), 23 juillet 1976, Ministre du Travail, Rev. Adm., 1976.607.

son auteur (264), voire à paraître présumer la surabondance d'un motif relevé à tort (265).

Ainsi peut-on conclure avec M. Sauvignon qu'en définitive « le Conseil d'Etat annule ou maintient très librement l'acte partiellement vicié dans ses motifs » (266), affirmant par là plus que jamais sa maîtrise sur la définition des motifs qu'il considère comme les soutiens indispensables de l'acte.

Observons d'ailleurs en conclusion que si la tendance générale du juge de l'excès de pouvoir est bien de considérer la validité de l'ensemble des motifs d'un acte comme nécessaire à celle de son dispositif, il tempère volontiers cette rigueur en n'admettant pas que toute illégalité de l'acte tenant à ses motifs engendre nécessairement la responsabilité de la Puissance publique. On a déjà évoqué cette question à propos de l'acte mal fondé mais que son auteur eut pu prendre pour d'autres motifs (267) ; de même, pouvons-nous constater dans la pratique que le juge atténue voire supprime la responsabilité pécuniaire de l'Administration que le requérant prétendrait engager à propos d'un acte illégal mais dont seuls certains motifs seraient viciés, comme il en va lorsque l'acte a été entièrement mal fondé mais eut pu être autrement justifié (268). L'annulation pour erreur partielle dans les motifs est également atténuée par la possible réfection de l'acte, éventuellement sur la base des seuls motifs subsistants, pourvu seulement que l'agent public procède alors à un examen nouveau de l'affaire, qui corresponde aux nouvelles circonstances dans lesquelles et pour lesquelles il statue (269).

(264) C.E., 4 décembre 1968, Mary, Rec. 616 (l'affaire concernait une mesure d'internement administratif prise au titre de la loi du 16 mars 1956 et du décret du 17 mars 1956). — Cf. aussi C.E. (S.), 14 novembre 1969, Houdebert, A.J.D.A., 1970.II.238.

(265) C.E., 19 novembre 1969, Coopérative des propriétaires récoltants de Champagne, Rec. 514.

(266) Sauvignon, art. précité, A.J.D.A., 1971.200.

(267) Cf. *supra*, p. 106.

(268) Par ex. C.E., 15 juillet 1964, Prat-Flottes, Rec. 438. — C.E., 17 mars 1965, S..., A.J.D.A., 1965.2.300, obs. Drago.

(269) Cf. C.E., 21 juillet 1950, Bonnin, Rec. 451. — C.E. (S.), 3 mai 1963, Alaux, Rec. 261, concl. Combarnous, A.J.D.A., 1963.2.352, chr. Gentot et Fourré.

CHAPITRE II

L'ELARGISSEMENT DU DOMAINE DU CONTROLE DU JUGE AU-DELA DES MOTIFS « APPARENTS » DE L'ACTE

Les investigations et les discriminations du juge parmi les antécédents de l'acte ne sont pas toujours forcément destinés à le « sauver », comme le font les jurisprudences de la substitution de motif et du motif surabondant. Elles pourraient également le conduire parfois à un examen élargi et à un contrôle plus sévère du bien-fondé de la décision. Tel est le cas lorsque le requérant critique devant le juge de l'excès de pouvoir la sincérité des motifs par lesquels l'auteur de l'acte prétend justifier sa décision : indépendamment de leur régularité juridique et leur exactitude matérielle, il les dénonce comme de simples motifs « apparents » qui ne seraient pas les véritables causes qui ont en fait déterminé l'agent public à édicter l'acte litigieux. Naturellement, ces motifs « réels » seraient quant à eux viciés.

L'admission par le juge de cette forme de critique des motifs semblerait être l'occasion d'un perfectionnement du contrôle de l'excès de pouvoir.

L'examen de la sincérité des motifs allégués permettrait tout d'abord au juge d'acquérir une connaissance plus précise et plus réaliste des bases et des origines de l'acte déféré devant lui ; de même qu'il excuserait les vices atteignant certains motifs purement accessoires au sein de l'élaboration de l'acte, de même, la régularité des motifs allégués ne fonderait définitivement l'acte que sous réserve du rôle effectif joué par eux dans le processus d'édiction de l'acte litigieux.

L'intérêt de cet examen provient en outre, et surtout, de ce que les motifs prétendument « réels » d'après le requérant sont en fait le plus souvent des motifs entachés de détournement de pouvoir : aux motifs de fait et de droit allégués par l'acte, le requérant oppose en somme les arrière-pensées de son auteur et les motifs d'ordre privé, politique, financier ou de fraude à la loi qui l'ont réellement déterminé à faire usage de ses pouvoirs légaux. Admettre cette critique consoliderait donc à coup sûr la « discipline » dont notre régime administratif entend entourer l'édiction des actes juridiques du pouvoir exécutif.

En réalité, le juge de l'excès de pouvoir demeure très nuancé et même tout à fait réticent quant à l'admission d'une mise en cause de la sincérité des motifs de l'acte ; ce n'est que très rarement qu'il accepte de poursuivre au-delà de ces motifs sa recherche des fondements et causes de l'acte administratif.

Comme pour ce qui concerne les restrictions au domaine de sa censure des motifs, cette question de l'élargissement du terrain de ses investigations n'a pas reçu les mêmes solutions pour les différents types de compétences administratives.

La description de la portée attribuée par le juge aux motifs allégués par l'acte lui-même nous a habitué au chapitre précédent à constater la différence fondamentale qui sépare l'approche contentieuse des motifs suivant que l'acte relevait ou non d'une compétence liée.

C'est ce même clivage qui détermine le régime contentieux de la critique de la sincérité des motifs donnés par son auteur à l'acte administratif.

Plan :

— Section I : *La critique de la sincérité des motifs en cas de compétence liée.*

— Section II : *La critique de la sincérité des motifs en dehors des cas de compétence liée.*

Section I

LA CRITIQUE DE LA SINCERITE DES MOTIFS EN CAS DE COMPETENCE LIEE

Cette critique n'est jamais admise dès lors que l'Administration avait légalement l'obligation d'édicter l'acte en cause dans les termes où il a effectivement été pris.

Il s'agit là de l'application pure et simple de la jurisprudence des moyens inopérants, elle-même corrolaire de la substitution de motif (270). On a vu, en effet, qu'en cas de compétence liée le juge ne prend pas en considération les vices qui pourraient entacher les motifs allégués par l'Administration à l'appui de l'acte pour ne s'attacher qu'au contrôle de l'exacte survenance du motif obligatoire fixé par la loi. Dans ces conditions, que ces motifs allégués soient ou non ceux auxquels l'agent s'est véritablement déterminé, que ces allégations

(270) Cf. *supra*, p. 95.

soient sincères ou ne soient destinées qu'à « couvrir » un détournement de pouvoir, cela ne saurait davantage importer au juge de la légalité.

Cette solution fut acquise très tôt, dès les années 1930, en même temps que le principe de la substitution de motif. C'est ainsi qu'en 1935, le Conseil d'Etat refusa d'examiner l'allégation du requérant quant au détournement de pouvoir dont serait entachée l'édiction d'un acte rapportant une précédente décision illégale (271).

Des moyens que le juge refuse d'examiner en cas de compétence liée, celui tiré d'un prétendu détournement de pouvoir a d'ailleurs été le premier à être consacré par la jurisprudence, avant ceux tirés du vice de forme ou d'incompétence. Il est également le plus incontestable : le mécanisme de la compétence liée ne laissant aucune place à la « subjectivité » administrative, les ressorts intimes de la manifestation de volonté de l'auteur de l'acte ne peuvent aucunement intéresser le juge de l'excès de pouvoir (272).

Il s'ensuit que l'ouverture du détournement de pouvoir n'a plus guère de place dans le contentieux des compétences liées. Ce n'est que si le motif légal obligatoire était lui-même inexistant que le juge pourrait être amené à reconnaître qu'à cette absence de justification objective de l'acte est joint un détournement de pouvoir de la part de l'auteur de cet acte. Encore ce recours du juge à l'ouverture du détournement de pouvoir serait-elle sans utilité, l'absence de motif légal étant suffisante à provoquer l'annulation de l'acte. Ainsi peut-on conclure avec M. Kahn que pratiquement « le contrôle des fins poursuivies par l'Administration... est sans objet en cas de compétence liée » (273).

Section II

LA CRITIQUE DE LA SINCERITE DES MOTIFS EN DEHORS DES CAS DE COMPETENCE LIEE

C'est à ce niveau que se pose vraiment le problème de l'extension du domaine du contrôle du juge dans la région des « motifs réels » de l'acte.

(271) C.E. (S.) 11 janvier 1935, Gras, Rec. 40, S. 1935.3.102, R.D.P., 1938, p. 138, note Bonnard.

(272) Par ex. C.E., 16 janvier 1959, Westemayer, Rec. 43. — C.E., 11 mai 1960, Compagnie d'assurances La Prévoyance, A.J.D.A., 1960.2.354. — C.E., 13 juillet 1963, époux Meyer, Rec. 426, D. 1964.267, note Di Qual. — C.E., 18 juin 1965, Bellet, Rec. 370. — C.E., 22 mars 1968, Golstein, Rec. (Tab.), 837. — C.E., 5 juillet 1972, Syndicat national de la production autonome d'électricité et autres, Rec. 513. — C.E., 12 mai 1976, Gillet.

(273) Kahn, concl. préc. sous C.E. (Ass.), 12 janvier 1968, dame Perrot, A.J.D.A., 1968.179.

Dans les hypothèses de compétence non obligatoire on sait en effet quel souci est celui du juge de sanctionner la part d'initiative et de liberté incluse dans la manifestation de volonté de l'auteur de l'acte. C'est pour cette raison que le Conseil d'Etat est si réticent à y pardonner les erreurs commises par l'Administration dans les motifs dont elle-même a appuyé sa décision ; la substitution de motif et l'excuse de motif surabondant n'y sont, aussi bien, justifiés que par le caractère secondaire de certaines considérations erronées par rapport à la volonté « réelle » de l'auteur de l'acte.

Dès lors, si le juge de l'excès de pouvoir entend censurer avec tant de rigueur les vices atteignant la manifestation de volonté de l'auteur de l'acte, ne doit-il pas aussi condamner l'acte lorsqu'il est établi que les motifs dont il fait état n'ont été qu'un « trompe l'œil », comme l'a dit un jour M. Corneille (274), destiné à camoufler l'intention réelle qu'avait l'agent d'user de ses pouvoirs à des fins illicites ?

Le droit positif n'a cependant pas admis sans hésitations ni sans réserves le principe d'une critique de la sincérité des motifs de l'acte dès lors que ces motifs pouvaient être considérés comme corrects et suffisants.

On va voir, en effet, que l'admission de cette critique se heurte à un certain nombre de résistances (paragraphe 1), et qu'elle n'est d'ailleurs admise aujourd'hui qu'à titre subsidiaire (paragraphe 2).

1) Les résistances à l'admission d'une critique de la sincérité des motifs.

1) Dans les années 1937-1940, la jurisprudence sembla même poser une règle d'incontestabilité des « intentions » de l'auteur de l'acte dans l'hypothèse où cet acte se trouvait, en fait et en droit, correctement motivé.

On notera d'ailleurs que c'est à cette même époque que le Conseil d'Etat décida de ne pas admettre la critique du détournement de pouvoir contre des actes que l'Administration était légalement tenue d'édicter au titre d'une compétence liée. Un même souci de voir évitée l'annulation d'un acte correctement « motivé » explique qu'en dehors de toute obligation d'édicter l'acte litigieux le juge ait préféré s'en tenir également à la validité des motifs sans rechercher si dans l'esprit de son auteur ils avaient ou non été vraiment « déterminants ».

Ainsi, dans l'affaire de La Raudière, en 1937, l'Assemblée plénière du contentieux refusa d'examiner l'allégation faite par le requérant d'un détournement de pouvoir à l'encontre d'un acte de délimitation du domaine public naturel. Constatant qu'aucune erreur n'était imputable à l'Administration dans cette opération de délimitation, l'arrêt ajoute

(274) Concl. Corneille sous C.E., 6 mai 1921, *Compagnie des Tramways et Omnibus de Lyon*, R.D.P., 1921.151, cf. *infra*, p. 129.

que « dans ces conditions, et alors même que le décret attaqué aurait été pris en vue de sauvegarder les intérêts du domaine privé de l'Etat, cette circonstance ne saurait en entraîner l'annulation » (275).

Cette solution fut alors immédiatement reprise dans l'arrêt Grandvoinet et Diedisheim (276), et plus explicitement encore dans l'arrêt Daubin de 1939 (277) : cette dernière affaire concernait une mesure de dissolution d'un conseil municipal. Le motif allégué étant jugé par le Conseil d'Etat comme justifiant légalement la mesure attaquée, l'arrêt précise que « dès lors, un moyen tiré de l'existence d'un prétendu détournement de pouvoir ne saurait en tout état de cause être retenu » ; dans ses conclusions sur cette affaire, le commissaire du Gouvernement, M. Latournerie, avait exposé un point de vue identique en des termes tout aussi absolus : « toute arrière-pensée politique est-elle d'ailleurs absente de l'esprit du Ministre... ? Nous ne croyons pas, ajoutait-il, avoir à examiner ce point... L'ouverture du détournement de pouvoir ne saurait en effet... aboutir à l'annulation lorsque les motifs invoqués à l'appui de la mesure contestée lui donnent une base légale » (278).

Ces solutions rigoureuses n'ont pas été maintenues, et la jurisprudence en est revenue à son admission antérieure d'une certaine critique de la sincérité subjective des motifs de l'acte.

Il est pourtant à remarquer que la jurisprudence « Grandvoinet » et « Daubin » a correspondu aux vœux d'une partie de la doctrine.

2) Dès avant ces arrêts de 1937 et de 1939, les administrativistes français avaient en effet eu tendance à souhaiter que le juge donne la prééminence aux motifs corrects sur les éventuelles intentions viciées qu'il le requérant prétendait dénoncer chez l'auteur de l'acte.

On fait ainsi valoir qu'en tout état de cause, l'acte ayant été assorti de motifs suffisants, il est inutile au juge de poursuivre plus avant ses investigations. C'était l'argument de Bonnard pour qui, l'Administration ayant correctement motivé son acte, le juge ne devrait pas avoir à se préoccuper d'un hypothétique « surplus d'intentions incorrectes » (279).

Il est en effet certain qu'à vouloir « cerner » trop systématiquement et trop profondément le contenu de la volonté de l'auteur de l'acte, on risquerait en fait de déboucher sur un double irréalisme : on exagérerait tout d'abord les cas d'annulation dans des hypothèses où le dispositif de l'acte a tout de même été justifié correctement ; le juge serait d'autre part conduit à d'aléatoires investigations au sein du processus d'élaboration de l'acte. Les analyses faites à cet égard par Duguit, et distinguant le « motif impulsif » du « but déterminant » ne

(275) C.E. (Ass.), 25 juin 1937, de La Raudière, S. 1937.3.121, note P.L.

(276) C.E., 9 novembre 1937, Grandvoinet et Diedisheim, Rec. 937.

(277) C.E., 15 mars 1939, Daubin, R.D.P., 1939.438, concl. Latournerie; Rec. 166.

(278) Concl. Latournerie, préc.

(279) Bonnard, note in R.D.P., 1938, pp. 138 ss.

sont justement révélées décevantes (280). Le refus de principe du juge de procéder à des substitutions de motifs, et sa réserve devant l'exception de motif surabondant aboutissent déjà à de fréquentes annulations d'actes qui autrement fondés eussent, pour un même dispositif, été considérés comme réguliers. La « responsabilité » de l'Administration sur les causes qui ont déterminé son acte ne doit-elle pas s'arrêter là ? N'est-il pas déjà essentiel, et donc suffisant, de constater que l'acte a été assorti de justifications de fait et de droit suffisantes, même si en son for intérieur d'autres considérations moins régulières (par exemple l'influence d'un groupe de pression...) ont pu inspirer sa décision ?

L'essor contemporain du contrôle des motifs et son perfectionnement croissant ont d'ailleurs en pratique rendu souvent inutile de la part du requérant cette critique des arrières-pensées coupables de l'auteur de l'acte. A cet égard, l'obligation que fait le juge à l'Administration d'explicitier à un moment ou à un autre les motifs de son acte joue un rôle décisif. Dans le cas où l'agent n'est parvenu à donner aucune justification à son acte, l'annulation est, on l'a vu, désormais assurée sans que le requérant ait à démontrer positivement l'existence et le contenu des motifs « réels » de l'auteur de l'acte. En cas de silence de l'Administration sur les motifs qui l'ont conduit à statuer, le juge déduit en effet de manière quasi automatique la véracité des critiques du requérant relativement aux motifs viciés qui seraient en fait à la base de cette décision (281) ; ou bien, sans même se donner la peine de tenir pour établies les allégations du requérant, il constate simplement que l'Administration ne l'a pas mis à même d'exercer le contrôle de légalité qui lui appartient (282).

De même, lorsque l'agent n'a pu donner que des justifications erronées en fait ou en droit à son acte, il est plus direct, et généralement plus facile pour le requérant, d'établir cette irrégularité des motifs dont l'acte est doté que de démontrer qu'en tout état de cause il n'y avait là que camouflage malhabile de motifs plus coupables encore.

De même que l'absence ou l'insuffisance de justification à l'acte rend pratiquement inutile la critique de leur sincérité, pourquoi ne pas admettre que la régularité de ces justifications fasse obstacle à toute mise en cause des motifs réels dont ils seraient le camouflage ?

Le fait que les considérations erronées dont se plaint le requérant comme étant les motifs « réels » sont en fait essentiellement des motifs entachés de détournement de pouvoir, la circonspection du juge s'impose d'ailleurs d'autant plus.

La censure du détournement de pouvoir a eu, certes, son heure d'importance, au XIX^e siècle, alors que c'était la seule critique des mo-

(280) Duguit, *op. cit.*, tome I, pp. 316 ss. — Cf. *supra*, p. 37.

(281) Par ex. l'arrêt Barel, *préc.*, *supra*, p. 72, ou encore l'arrêt Rioux de 1960. (C.E., 26 octobre 1960, Rec. 558, concl. Chardeau).

(282) Cf. *supra*, p. 80 et cf. les concl. Chardeau sous C.E., 26 octobre 1960, Rioux, Rec. 558 (*in fine*).

tifs que le juge admit contre certains actes administratifs. Faute de vérifier si l'agent avait agi pour de justes motifs de fait, le juge examinait au moins si des considérations contraires à l'intérêt général n'avaient pas déterminé l'émission de l'acte (283).

Dès cette époque, le juge ne s'en méfiait pas moins du penchant bien « français » que pouvaient avoir les requérants à dénoncer toute mesure défavorable prise à leur encontre comme ne reposant que sur des motifs d'hostilité personnelle ou politique de son auteur à leur égard. Aussi bien était-il très exigeant quant à la qualité de la preuve par le requérant de l'existence de ces considérations viciées (284).

Cette sévérité du juge serait aujourd'hui spécialement justifiée et mériterait même d'être accentuée dans la mesure où l'examen désormais systématique des motifs dont l'auteur de l'acte doit d'une façon ou d'une autre assortir sa décision fournit tout de même de solides garanties que l'acte édicté est bel et bien justifié. « Il ne faut pas, écrivait M. Waline en 1938, avoir la hantise du détournement de pouvoir » (285) ; irait-on, se demandait déjà Michoud, jusqu'à interdire à un agent d'user de ses pouvoirs légaux à l'égard de tel administré sous prétexte qu'il a contre lui une animosité personnelle ou un ressentiment politique (286) ?

En dehors du contentieux de l'excès de pouvoir, la critique des intentions « réelles » de l'auteur de l'acte connaît d'ailleurs des limites qui sont instructives. C'est ainsi que l'allégation du détournement de pouvoir n'est pas admise contre un jugement à l'égard duquel seule la mise en cause des motifs qu'il s'est donné est donc possible ; elle ne l'est pas davantage contre la décision que prend l'Administration d'engager des poursuites en matière de contravention de grande voirie (287). Le Conseil d'Etat la refuse enfin à l'égard des mesures exceptionnelles par lesquelles le juge substitue sa décision à celle de l'Administration pour autoriser ou interdire un établissement dangereux, incommode ou insalubre (288).

Ces arguments n'ont pas empêché le juge d'admettre en pratique la critique par le requérant de la sincérité des motifs dont la décision litigieuse avait été assortie et qui lui fournissaient de suffisantes justifications officielles.

Après l'épisode des arrêts de La Raudière et Daubin, qui refusaient cette critique, le juge n'en a pas moins continué à manifester une réticence à son égard : en fait, il ne l'admet que suivant des conditions restrictives.

(283) Cf. *supra*, introduction, paragraphe 1.

(284) V. Lémasurier : « La preuve du détournement de pouvoir », R.D.P., 1959, p. 365.

(285) Waline, note sous C.E. (S.), 27 mars 1936, Bonny, S. 1938.3.34.

(286) Michoud : « Etude sur le pouvoir discrétionnaire », préc. *Rev. Gén. d'Adm.*, 1914 et 1915.

(287) C.E., 21 janvier 1925, Soc. des Automobiles Bellanger, Rec. 66 et C.E., 17 novembre 1922, Soc. Française Goodrich, Rec. 961. — C.E., 6 mars 1953, Giloteaux, Rec. 417, concl. Chardeau, D. 1954.148, note Morange.

(288) C.E., 29 novembre 1961, Cons. Pelco, Rec. (Tab.), 907.

2) La critique de la sincérité des motifs en droit positif.

Cette critique de la sincérité des motifs concerne le plus souvent les considérations d'espèce retenues par l'agent, mais il arrive aussi qu'elle soit relative à la base légale même de la décision, le mensonge administratif sur le fondement juridique de son acte étant alors généralement le signe d'un détournement de procédure. Ainsi, en 1947, le Conseil d'Etat devait « rectifier » le fondement juridique donné à une mesure d'épuration en relevant qu'en fait « il résulte de l'instruction que... le Ministre a entendu principalement faire application des dispositions » d'un texte qui était en l'espèce inapplicable (289).

En pratique, le régime de cette critique reste soumis à des conditions assez sévères dont la mise en œuvre s'avère d'ailleurs généralement délicate.

1) Les conditions de succès de la critique de la sincérité des motifs allégués.

La preuve attendue du requérant est même en réalité double :

a) Le requérant doit tout d'abord établir l'existence de ces autres motifs ou mobiles qu'il allègue comme étant ceux de la décision. Et l'on retrouve ici toutes les difficultés que le requérant a toujours rencontrées dans sa preuve des intentions inavouées de l'auteur de l'acte.

Déjà, en 1888, le commissaire du Gouvernement Gauvain recommandait au Conseil d'Etat la plus grande prudence dans la reconnaissance de ces intentions. Il soulignait notamment la nécessité d'éviter la confusion entre les « résultats » effectifs d'un acte d'avec la preuve que cet acte a été édicté en vue de ce résultat : « ce que le refus opposé au sieur Ponthas, concluait-il, profite à la Compagnie générale, il ne résulte pas qu'il ait eu pour but de lui profiter » (290).

Dans ses conclusions sur l'affaire « Ville Nouvelle-Est », le commissaire du Gouvernement Braibant devait rappeler à l'Assemblée du Contentieux la prudence à observer à cet égard. A la limite, soulignait-il, devrait-on aller jusqu'à considérer comme mal fondée toute opération d'urbanisme parce qu'elle aboutirait à « permettre à des promoteurs, à des entrepreneurs et à des architectes privés, pour ne pas parler des notaires, de se livrer à des activités profitables » ? (291).

Aussi bien les arrêts exigent-ils très précisément que les motifs prétendus « réels » par le requérant aient effectivement été retenus par l'agent. Le Conseil d'Etat refuse au contraire de prendre en considération les soi-disants motifs secrets qui ne relèveraient que des

(289) C.E. (S.), 24 janvier 1947, Chinaud, S. 1948.3.51.

(290) Concl. Gauvain sous C.E., 7 décembre 1888, Ponthas, S. 1890.3.69.

(291) Concl. Braibant sous C.E. (Ass.), 28 mai 1971, Ministère de l'Equipement c. fédération de Défense des Personnes Concernées, A.J.D.A., 1971.1.463.

« conséquences » (292), des « résultats » (293), ou de l'« effet » (294), ou qui ne seraient qu'une « occasion » (295) de l'émission de l'acte.

b) D'autre part, la simple survenance d'une intention viciée dans le processus d'élaboration de l'acte ne suffit pas à convaincre le juge de la nécessité d'une annulation. Le Conseil d'Etat exige encore la preuve du rôle prééminent de ce motif ; il faut que ce motif réel ait été effectivement « déterminant » (296), ou en tout cas qu'il ait été retenu « principalement » (297). Certains arrêts soulignent même le caractère « unique » (298) de la considération erronée, mais il ne semble pas que le Conseil d'Etat demande véritablement que ces « arrières-pensées » aient été le seul mobile de l'émission de l'acte.

Toutes ces restrictions sont logiques. Selon M. Gandolfi, elles traduisent non seulement la présomption du caractère déterminant des motifs allégués, mais encore, et plus largement, le fait que l'Administration est toujours présumée agir dans l'intérêt général (299).

2) La mise en œuvre de la critique de la sincérité des motifs. Cette critique, et les preuves qu'elle appelle, se heurtent naturellement à tous les obstacles classiques de la preuve du détournement de pouvoir.

Aussi bien se réalise-t-elle sous le contrôle, et avec l'aide du juge qui ne laisse ainsi pratiquement jamais le requérant seul dans sa démonstration. Comme toujours en matière de détournement de pouvoir, le juge est amené naturellement, dans cette hypothèse particulière, à se former une « conviction » propre à partir du contexte de l'affaire. Ainsi, dans l'affaire « Compagnie des tramways de Lyon », de 1921, avait-on vu le commissaire du Gouvernement Corneille observer que les considérations entachées de détournement de pouvoir dénoncées par le requérant ne se trouvaient qu'imparfaitement satisfaites par le contenu de l'acte, et en déduire le caractère probablement secondaire de leur influence (300). A l'inverse, le fait que la décision soit intervenue à

(292) C.E., 29 mars 1957, Soc. des Autocars Orlandi, R.P.D.A., 1957.170. — C.E., 11 janvier 1957, Louvard, Rec.

(293) C.E. (Ass.), 7 janvier 1942, Confédération des Vignerons Algériens, Rec. 1. — C.E., 12 novembre 1969, Caillon, Rec. 484.

(294) C.E., 2 décemb. 1910, Syndicat des Marchands Forains de Lyon, Rec. 861. — C.E. (Ass.), 22 octobre 1943, Compagnie de l'Afrique Orientale, Rec. 230. — C.E., 29 octobre 1975, Viguier.

(295) C.E., 5 juillet 1946, Joubert, Rec. 193.

(296) C.E. (Ass.), 13 juillet 1962, Bréart de Boisanger, Rec. 484. — D. 1962-664, concl. Henry. — C.E., 6 janvier 1967, Ministre de l'Intérieur c. Boucher, Rec. (Tab.), 685. — C.E., 24 juin 1970, Soc. André Citroën, Rec. 431.

(297) Par ex. C.E., 30 janvier 1914, Colomb, Rec. 116. — C.E. (S.), 20 avril 1934, Merlin, Rec. 458. — C.E. (S.), 23 novembre 1962, Camara, Rec. 627, A.J.D.A., 1962, p. 687, et p. 666, chr. Gentot et Fourré. — C.E., 16 juin 1965, Deffaud, Rec. 354. — C.E., 22 janvier 1975, commune de Vallon-Pont-d'Arc, Rec. 43.

(298) Par ex. C.E., 4 mars 1964, dame Borderie, Rec. 158, A.J.D.A., 1964.2.624, obs. Laporte. — C.E., 24 avril 1970, Icard, Rec. 275, R.D.P., 1971.766. — C.E., 9 octobre 1974, commune de Vigneux-sur-Seine, Dr. Adm., 1974, n° 361.

(299) Gandolfi, chr. préc., J.C.P., 1964.1.1835.

(300) Conclusions Corneille sous C.E., 6 mai 1921, Compagnie des Tramways et Omnibus de Lyon, R.D.P., 1921, p. 521.

l'époque même d'un procès judiciaire ou administratif ne pourra que contribuer à convaincre le juge qu'elle a été essentiellement motivée par le désir de faire échec à l'intervention juridictionnelle (301).

Il s'avère cependant qu'en pratique, la sollicitude du juge à l'égard de la critique de la sincérité des motifs demeure variable.

Le juge ne peut ainsi manquer d'être sensible à la qualité de l'explicitation par l'Administration des motifs officiels de son acte. L'imprécision, le vague, le caractère « passe-partout » des motifs avancés à l'appui de l'acte aideront ainsi inévitablement à en faire présumer l'insincérité ou à renforcer les présomptions qui ressortent des pièces du dossier, et paraîtront certainement moins justifier de « protection » contre les allégations du requérant (302) ; le juge peut d'ailleurs user à ce niveau de ses pouvoirs d'instruction et demander au juge des éclaircissements complémentaires. De la même manière que l'absence de motivation de l'acte par l'Administration aidera à conclure directement à l'irrégularité des fondements de l'acte, de même leur imprécision et l'incapacité de l'Administration à étayer ses motifs aidera-t-elle à conclure à leur insincérité, et, en fait il y aura même souvent solution de continuité entre le mécanisme de la demande de communication des motifs proprement dite, destinée à l'information de principe du juge, et la demande d'éclaircissements destinée à vérifier la sincérité des allégations administratives (303).

Le degré d'intensité du contrôle exercé sur les motifs de l'acte ne saurait d'autre part être étranger à la plus ou moins grande facilité avec laquelle le juge sera prêt à accueillir les allégations du requérant. Plus étroit sera ce contrôle, et moins favorable sera le juge à admettre que ces motifs n'aient pu constituer que des prétextes. Ainsi, en matière de sanctions disciplinaires où le juge vérifie la qualification des faits retenus par l'Administration à l'appui de sa sanction, on ne voit pas d'exemples où le Conseil d'Etat ait admis qu'un motif principal d'ordre politique ou privé ait inspiré la décision dès lors qu'une faute avait réellement été commise. Ce contrôle enserme de si près parfois les justifications de l'acte que si ces justifications sont exactes, le détournement de pouvoir, « sans être totalement exclu », n'en devient pas moins, selon l'expression de M. Kahn au moins « très improbable » (304). De même le juge hésitera-t-il à admettre la criti-

(301) Par ex. C.E. (Ass.), 13 juillet 1962, Bréart de Boisanger, précité, Rec. 484. — C.E., 15 juillet 1960, commune de Bascons, Rec. (Tab.), 890. — T.A. Grenoble, 5 décembre 1962, Berthet, Rec. 800. — C.E., 31 octobre 1973, dame Gille, Rec. 605. — C.E., 4 janvier 1974, commune de Grousis (Aisne), Rec. 1.

(302) Par ex. C.E., 12 mars 1975, ville de Paul, Rec. 187. — C.E., 15 juillet 1964, dame Michel, Rec. 403.

(303) Cf. C.E., 13 janvier 1971, commune de Pouligny-Notre-Dame, Rec. 41. — C.E., 9 mai 1973, Monbouyran, Rec. 328. — Cf. *supra*, p. 71. De la même manière verra-t-on le juge présumer les erreurs de fait à partir de l'incapacité de l'Administration à expliciter plus avant les motifs au nom desquels elle a statué (*infra*, 2^e partie, Titre 1, chapitre 1). — Cf. aussi T.A. Rennes, 22 novembre 1972, Diraison, Rec. 930.

(304) Kahn, concl. préc. sous C.E. (Ass.), 12 janvier 1968, dame Perrot, A.J.D.A., 1968.179.

que du détournement de pouvoir contre une déclaration d'utilité publique dont il a constaté, surtout dans le cadre désormais élargi de la jurisprudence Ville Nouvelle Lille Est, qu'elle répondait à un réel intérêt général (305).

A l'inverse, dans les cas où son contrôle de la valeur des motifs de fait retenus sera plus sommaire, le juge de l'excès de pouvoir sera plus enclin à redouter qu'il n'y ait dans les justifications officielles de l'acte que prétextes couvrant des intentions profondes moins licites, et le Conseil d'Etat peut alors vraiment faire du détournement de pouvoir une sorte de contre-partie au pouvoir discrétionnaire administratif (306).

Le Conseil d'Etat paraît également tenir compte de la nature du vice dont est entaché le motif « secret » ou « profond » que le requérant dénonce. Le juge est ainsi incontestablement réticent à considérer que l'intervention de considérations financières ou le souci de favoriser des intérêts privés puissent entacher d'illégalité une décision à moins qu'ils n'aient vraiment été exclusifs de la poursuite de tout intérêt public (307). De même le juge n'admet-il pas volontiers qu'une intervention réglementaire puisse être considérée comme n'ayant pour objet que de régler un cas individuel et de porter un tort à tel particulier. Après tout, comme l'avait souligné le commissaire du Gouvernement Renaudin dans ses conclusions à l'affaire Bonny en 1936, c'est parfois un cas individuel qui fait prendre au Gouvernement conscience de l'insuffisance d'un texte (308).

A l'inverse, il est une hypothèse particulière où le juge se montre plus enclin à accueillir l'allégation par le requérant du caractère simplement apparent des motifs dont l'acte s'est doté : il s'agit du cas où il accuse l'Administration d'avoir eu pour motif déterminant de méconnaître indirectement la chose jugée. Ce genre d'allégation est fréquent lorsque l'Administration procède à la réfection d'un acte précédemment annulé pour erreur ou insuffisance de ses motifs. Il lui appartient certes de refaire éventuellement son acte en lui donnant une autre forme ou d'autres justifications. Certains arrêts ne se font pas faute, d'ailleurs de souligner qu'il eut appartenu à l'Administration de ren-

(305) Cf. C.E., 4 mars 1964, Borderie, préc., Rec. 158. — Voir aussi C.E., 27 avril 1917, communes de Venoix et Badin, Rec. 336, concl. Blum. — C.E., 5 novembre 1971, époux Schaffner, Rec. 653. — Cf. Liet-Vaux : « Propriété privée et détournement de pouvoir », chr. sous C.E., 23 octobre 1963, Musy, *Rev. Adm.*, 1963, p. 461.

(306) Par ex. C.E. (S.), 23 novembre 1962, Camara, Rec. 627, A.J.D.A., 1962.666, chr. Gentot et Fourré, C.E., 15 juillet 1964, dame Michel, Rec. 403.

(307) Cf. C.E., 11 janvier 1957, Louvard, Rec. 27. — A.J.D.A., 1957.2.89, chr. Fourrier et Braibant. — C.E., 24 juin 1970, Société André Citroën. — C.E., 20 juillet 1971, Ville de Sochaux, Rec. 561, A.J.D.A., 1972.227, note Homont. — C.E., 21 février 1975, Ministre de l'Intérieur s'appropriant une requête du Préfet du Nord c. Mamet, Deryng et autres, Rec. 149, et aussi C.E., 26 juin 1974, consorts Robert, Léon Weyl, A.J.D.A., 1975.84, et C.E., 12 avril 1967, Société nouvelle des entreprises d'hôtel, Rec. 154.

(308) Cf. C.E. (S.), 27 mars 1936, Bonny, D.P., 1938.3.33, concl. Renaudin (notam. p. 35) et note Waline (notam. p. 34). — C.E., 13 novembre 1952, Jugeau.

dre son acte régulier en le fondant différemment (309), et l'invitent même à procéder à un second examen de l'affaire pour statuer à nouveau (310) ; suivant la formule de M. Braibant il appartient à l'Administration de « reprendre une décision annulée pour motif erroné en l'appuyant sur un motif justifié » ; en soi, il n'y a pas là « abus de procédure » (311). Mais le juge qui exige alors un réel examen nouveau de l'affaire est également spécialement attentif aux motivations fallacieuses qui ne seraient destinées qu'à couvrir une reprise pure et simple de la précédente décision et à permettre la consolidation de l'illégalité précédemment condamnée (312). De même le juge accueillera-t-il plus volontiers un recours contre un règlement dont le « motif déterminant » serait, en modifiant le régime de mise en œuvre d'une compétence, de permettre la réfection « légale » d'un acte précédemment annulé ; il y a d'anciennes solutions en ce sens (313), et l'Assemblée du Contentieux en a fait une spectaculaire application en 1962 dans l'affaire Bréart de Boisanger où peu de temps après l'annulation de la révocation de celui-ci comme administrateur de la Comédie Française, le Gouvernement avait modifié son statut de façon à faciliter la reprise de cette révocation (314).

Il ressort enfin des arrêts que le juge ne reste sans doute pas indifférent à la nature des intérêts en cause : dans l'affaire Berliet, jugée en 1949, les requérants avaient ainsi pu faire état d'un livre publié par l'agent même qui cinq années auparavant avait nommé un administrateur séquestre à la Société Berliet ; de cet ouvrage, il résultait que l'Administration avait eu, par cette décision, pour « seul but » de rendre inévitable la nationalisation de l'entreprise. Le Conseil d'Etat n'en jugea pas moins que « le Commissaire de la République doit être considéré comme ayant usé de ses pouvoirs pour la fin en vue de laquelle ils lui avaient été conférés », et cela, précisait l'arrêt, compte tenu de « l'importance et de l'objet de l'entreprise » qui faisaient que « son maintien en activité répondait aux exigences de l'intérêt national » (315). Dans un arrêt Dumey de 1952 relatif à un arrêté préfectoral interdisant l'usage de certaines armes de chasse, le Conseil d'Etat a également employé une formule ambiguë : constatant la réalité du danger allégué, l'arrêt poursuit que « dès lors, nonobstant la circonstance que... le préfet aurait également eu pour but d'assurer la protection du gibier,

(309) Par ex. C.E., 13 février 1942, Société d'exploitation des eaux et thermes d'Enghien, Rec. 50.

(310) Par ex. C.E., 21 juillet 1950, Bonnin, Rec. 451.

(311) Braibant, concl. sous C.E. (S.), 19 juin 1959, Mailloux, A.J.D.A., 1959.2.261.

(312) Cf. par ex. l'ancienne affaire Noualhier (C.E., 18 mars 1898, Rec. 235. — C.E., 9 février 1900, Rec. 177. — C.E., 24 janvier 1902, Rec. 43) et C.E., 1^{er} mars 1938, Fédération nationale des transporteurs de France, Rec. 233. — C.E., 23 juin 1944, Hôpital-Hospice d'Argenteuil, Rec. 179. — C.E., 29 avril 1949, dame Baudrand, Rec. 187.

(313) C.E., 9 juin 1893, Thorrand, Rec. 450.

(314) C.E. (Ass.), 13 juillet 1962, Bréart de Boisanger, Rec. 484, D. 1962.664, concl. Henry. — C.E. (S.), 4 janvier 1936, Amicale des agents des contributions, Rec. 10, et C.E. (S.), 8 avril 1938, Botton, D.P. 1938.3.40 (1 esp.).

(315) C.E., 25 juillet 1949, Société des Automobiles Berliet, *Gaz. Pal.*, 14 octobre 1949.

le requérant n'est pas fondé à soutenir que ledit arrêté est entaché de détournement de pouvoir » (316). Dans ces espèces d'ailleurs isolées le Conseil d'Etat se rapproche bel et bien du refus pur et simple d'envisager toute critique de la sincérité des motifs. Elles illustrent en tout cas sa prudence dans l'élargissement par le juge de son domaine de contrôle du bien-fondé de l'acte au-delà des motifs dont il a été assorti, dont d'ailleurs il doit être accompagné, et dont il serait déjà beaucoup que le contenu et la valeur en soient conformes à ce qu'exige la compétence administrative mise en œuvre.

(316) C.E., 28 juillet 1952, Dumey, Rec. 404.

DEUXIEME PARTIE

L'ETENDUE DU CONTROLE DU JUGE SUR LES MOTIFS DE L'ACTE

C'est la grande question du contentieux des motifs.

Il ne s'agit pas en effet seulement de savoir quels sont les motifs pour lesquels un acte a été pris et de déterminer ceux d'entre eux dont le juge exigera la régularité ; il s'agit encore et surtout de connaître les formes et le degré du contrôle que le juge en réalisera. On a déjà eu l'occasion de voir comment d'ailleurs ces deux aspects étaient intimement liés l'un à l'autre ; il convient maintenant d'analyser plus précisément les techniques par lesquelles le juge vérifie la justesse des motifs de l'acte.

On posera cette question en termes d'étendue du contrôle du juge. La particularité fondamentale du contrôle juridictionnel du bien-fondé de l'acte est en effet d'être passible de « degrés » que le juge ne réalise pas d'une manière égale dans le régime des différentes compétences administratives.

Ce phénomène de la plus ou moins grande étendue du contrôle juridictionnel est en pratique rendu possible par la structure même des « motifs » de l'acte.

Ainsi qu'on l'a en effet déjà évoqué, l'élaboration des fondements justificatifs d'un acte administratif prend essentiellement la forme d'un raisonnement : c'est le raisonnement par lequel l'agent public conclut que telles circonstances particulières justifient bien l'usage qu'il prétend faire de sa compétence dans tel cas concret ; suivant la formule également déjà citée de M. Gazier, on peut dire que l'acte est bien motivé dès lors qu'il repose sur une « conjonction régulière des règles générales qui définissent les pouvoirs de l'Administration et de la situation de fait à laquelle ces pouvoirs s'appliquent » (1).

(1) Gazier, art. préc., E.D.C.E., 1951, p. 77. Cf. *supra*, introduction.

Si ce raisonnement constitue bien un « ensemble », il n'en est pas moins pratiquement dissociable en phases distinctes que le juge a justement différenciées dans l'exercice de son contrôle.

Notre droit positif distingue ainsi deux niveaux de contrôle juridictionnel sur le bien-fondé de l'acte administratif.

Le premier niveau est celui du contrôle des bases mêmes, on pourrait dire des « matériaux », du motif de l'acte. Il s'agira ainsi de savoir si les éléments de fait (autrement dit les « motifs de fait ») sur lesquels l'agent s'est fondé existent bien réellement, c'est-à-dire s'ils sont ou non « matériellement exacts ». Il s'agit d'autre part de déterminer si les considérations de principe (c'est-à-dire les « motifs de droit ») auxquelles l'acte est appuyé correspondent à une interprétation correcte du contenu des pouvoirs dont l'agent était le titulaire ; le juge censurera alors l'acte qui a été pris pour des motifs qu'en tant que tels sa compétence ne l'autorisait pas à retenir, le détournement de pouvoir n'étant lui-même, comme on l'a vu, qu'un cas particulier de censure de motif « non-admissible » à la base de l'exercice d'un pouvoir administratif (2).

Le second niveau du contrôle juridictionnel concerne la « conjonction » de ces éléments de fait (supposés alors exacts) avec ces considérations juridiques (réputées correctes) auxquels l'acte est adossé. Il s'agira par exemple de savoir si les faits reprochés à un agent public sont vraiment constitutifs de la « faute » qu'a invoquée l'autorité hiérarchique à l'appui de sa sanction disciplinaire, ou encore si la situation de fait locale présente bien le caractère de « menace à l'ordre public » justifiant l'émission d'une mesure de police ; cette question est en somme celle de la portée juridique des motifs de fait, ou encore de l'ajustement des motifs de fait aux motifs de droit.

Ce second niveau du contrôle juridictionnel cerne naturellement de beaucoup plus près que le premier la question du bien ou du mal fondé de l'acte administratif et il aboutit à une supervision plus étroite de la valeur du raisonnement par lequel l'agent s'est estimé justifié à édicter son acte. C'est justement à son propos que se sont développées les grandes controverses quant aux limites « raisonnables » au sein desquelles le contrôle juridictionnel des motifs devrait se maintenir.

On verra en effet que le juge contrôle désormais systématiquement la correction des bases juridiques ainsi que l'exactitude matérielle des justifications de fait données à l'acte. Il s'agit là d'un contrôle que le juge considère comme fondamental, et il n'admet pas qu'il puisse exister de « pouvoir discrétionnaire » dans la détermination par l'Administration de la teneur même des faits qu'elle retient pour statuer non plus que dans son interprétation des pouvoirs juridiques que lui confère la loi de compétence.

Par contre, la jurisprudence continue d'hésiter à exercer un contrôle, ou en tout cas un contrôle plénier sur le raisonnement même éla-

(2) Cf. *supra*, introduction, paragraphe 1.

boré par l'agent public à partir de ces faits et de ces justifications juridiques.

C'est alors que le juge est amené à s'interroger sur le problème du « pouvoir discrétionnaire » administratif.

L'étendue du contrôle du juge sur le bien fondé de l'acte comprend ainsi une constante et une variable :

— d'une part, le juge contrôle toujours l'exactitude matérielle des motifs de fait et la correction juridique des motifs de droit qui fondent l'acte (*Titre I*) ;

— d'autre part, il n'exerce qu'un contrôle variable sur l'ajustement des motifs de fait aux motifs de droit (*Titre II*).

TITRE I

Le juge contrôle toujours l'exactitude matérielle des motifs de fait et la correction juridique des motifs de droit

C'est là le cœur du « contrôle minimum » auquel sont en tout état de cause soumis les actes administratifs quant à leurs causes. Aucun argument d'opportunité ni aucune considération tirée de la complexité de la matière en cause ne peut en effet dispenser l'Administration de donner à ses décisions des justifications de fait qui soient au moins « vraies » et des fondements de droit qui interprètent correctement le sens et l'étendue de la loi applicable. Le contrôle juridictionnel doit donc être à cet égard systématique. On verra qu'en pratique il est également vigilant, compensant par là la retenue qu'il manifeste encore au niveau de la qualification et de la portée juridique attribuées par l'agent aux circonstances de fait dans lesquelles il a statué.

Plan du Titre I :

- Chapitre Premier : *Le contrôle de l'exactitude matérielle des motifs de fait.*
- Chapitre II : *Le contrôle de la correction juridique des motifs de droit.*

CHAPITRE PREMIER

LE CONTROLE DE L'EXACTITUDE MATERIELLE DES MOTIFS DE FAIT

L'inexactitude matérielle des motifs de l'acte administratif, ou plus communément l'« erreur de fait » signifie que l'acte a été édicté à raison de circonstances, ou sur la base d'une situation, qui n'existaient pas effectivement ou dont le contenu n'était pas tel que le prétend l'auteur de la décision litigieuse.

Il s'agit d'un contrôle de la « réalité » des faits sur la base desquels l'auteur de la décision a statué, qui s'oppose à l'examen plus approfondi que le juge a parfois à réaliser d'autre part sur les conséquences de droit que l'Administration a cru devoir tirer de ces faits.

Il y aurait par exemple erreur de fait pour le Gouvernement à dissoudre une association pour avoir provoqué des manifestations, alors qu'elle ne l'a pas fait (3), ou encore à dissoudre un Conseil municipal à raison de ses dissensions internes si celles-ci n'existent en réalité nullement (4).

On se souvient que cette modalité du contrôle juridictionnel était rare et controversée au XIX^e siècle, à une époque où le Conseil d'Etat se refusait en effet généralement à se comporter en « juge du fait ». La réticence du juge de l'excès de pouvoir à superviser les constatations matérielles de l'Administration devait d'ailleurs être alors l'un des facteurs qui entravèrent le développement du contentieux des motifs de l'acte administratif.

Depuis les arrêts Dessay de 1910, Ponsonnailles de 1915, Camino de 1916, et Trépont de 1922, le Conseil d'Etat a au contraire affirmé la légitimité de principe de son examen des faits.

Le plus fréquemment d'ailleurs, le respect de la matérialité des faits est intimement lié au respect proprement dit par l'Administration de la loi de compétence mise en œuvre. Chaque fois en effet que la survenance d'une certaine situation est nécessaire à la validité d'une me-

(3) Cf. C.E. (Ass.), 21 juillet 1970, Boussel et autres, Rec. 504.

(4) Cf. C.E., 18 décembre 1968, Durand et Barbaro, Rec. 637.

sure administrative, il est évident que sa légalité implique au moins que les circonstances alléguées par l'Administration existent bien effectivement avant même d'examiner si ces circonstances sont bien de nature à faire considérer que la condition légale est en l'occurrence réalisée. Ainsi, la « réalité » des faits reprochés à un agent public à l'appui d'une sanction disciplinaire est la condition première de sa légalité : ces faits ne sauraient en effet en aucun cas constituer la « faute » justificative de la sanction prononcée, sans au moins exister.

Aussi bien M. Chalvon-Demersay avait-il pu voir dans l'examen juridictionnel de l'exactitude des motifs de fait un contrôle exercé en quelque sorte « à titre préalable » avant la confrontation proprement dite de ces faits avec les conditions posées par le droit (5), et alors même que le juge se refuserait à cette confrontation ultérieure. Le juge considère en effet que le « pouvoir discrétionnaire », concevable en ce qui concerne les conséquences tirées de tels ou tels faits, ne l'est pas pour ce qui est de la constatation même de faits qui par nature ne peuvent qu'être, ou ne pas être.

Dans certains cas, il arrive même que la condition légale se résume en un simple fait à constater, comme en ce qui concerne la délimitation du domaine public naturel. Pour reprendre une formule chère au Doyen Hauriou, on peut dire qu'alors « la question de fait a été transformée en question de droit » (6).

Le juge de l'excès de pouvoir ne censure pas cependant l'erreur de fait seulement à l'appui de son contrôle du respect des conditions légales, et dans les hypothèses où il y a ainsi « faussement de la loi par faussement des faits », comme l'écrivait encore Hauriou (7). Il la censure également en soi alors même qu'il s'agit de faits dont la survenance n'était pas en tant que telle légalement nécessaire à l'exercice par l'auteur de l'acte de ses pouvoirs, de sorte que leur vérité même ne paraît pas a priori indispensable au soutien de cet acte. Le juge ne permet en effet jamais à l'Administration de fonder ses actes sur des faits faux. C'est là une solution de bon sens que Jèze avait défendue dès 1911 (8), et qu'ont consacrée les arrêts du Général de Noue de 1918 et Trépont de 1922 (9).

Quand la lettre de la loi paraîtrait autoriser l'agent à fonder son acte sur n'importe quel motif, fut-il inexact en fait, il resterait à faire reposer la règle d'exactitude matérielle sur un principe d'« exécution rationnelle des lois... et de respect absolu de l'idée même de fonction publique », comme l'écrivait Welter en 1929 (10). De même Hauriou avait spontanément rattaché en 1917 les premiers contrôles conten-

(5) Chalvon-Demersay : « L'examen du fait par le Conseil d'Etat », thèse, Paris, 1922, p. 108.

(6) Hauriou, note sous C.E., 27 mars 1925, Mariani, S. 1927.3.57.

(7) Hauriou, note sous C.E., 22 janvier 1926, Lefranc, S. 1926.3.25.

(8) Jèze, chronique sous C.E., 13 mai 1910, Dessay, R.D.P., 1911, pp. 286 ss.

(9) Cf. C.E., 5 juillet 1918, Général de Noue, Rec. 660. — C.E., 22 janvier 1922, Trépont, R.D.P., 1922.81, concl. Rivet, préc. — Cf. *supra*, introduction.

(10) Welter : « Le contrôle juridictionnel de la moralité administrative », thèse, Nancy, 1929, p. 62.

tieux de la réalité des faits au principe général suivant lequel « l'usage de pouvoir administratif comporte un minimum de conscience et de diligence professionnelle » (11).

Si, comme on a pu déjà l'évoquer, le recours de l'arrêt Trépont au vocabulaire de la « cause juridique » pouvait traduire une certaine gêne du Conseil d'Etat dans son élargissement du domaine de sa censure de l'erreur de fait, la légitimité de ce contrôle minimum n'est plus aujourd'hui mise en cause.

Désormais, la jurisprudence se contente de poser en postulat qu'il appartient toujours au juge de vérifier au moins si l'appréciation administrative « ne repose pas » sur des constatations de fait inexactes ; les arrêts citent même en général l'erreur de fait en tête des vérifications incluses par le « contrôle minimum » dont son passibles les motifs de tout acte. C'est seulement si par ailleurs l'Administration avait compétence liée pour édicter l'acte litigieux que le juge renoncerait, comme on l'a vu plus haut (12), à censurer l'erreur de fait commise par son auteur.

Le contrôle de l'erreur de fait n'est pas davantage arrêté par la complexité des faits litigieux.

On verra plus loin que le juge renonce souvent à superviser les appréciations de caractère technique demandées à l'agent public par sa loi de compétence, par exemple sur les dangers présentés par un produit pharmaceutique pour la santé publique ; cette technicité n'est cependant jamais un motif de renonciation du juge à son contrôle de la constatation même des faits sur lesquels l'agent public a pu faire reposer ses appréciations. On l'aura vu ainsi vérifier si telle commune pouvait vraiment être considérée comme située dans la région du « Vercors » (13), ou encore si certains déchets à l'évacuation desquels il devait être procédé par canalisation méritaient la désignation de « résidus solides d'alumine » (14). En ces matières les annulations pour erreur de fait sont certes plus rares. Lorsque l'occasion s'en présente, le Conseil d'Etat n'hésite cependant pas à censurer toutes erreurs de fait d'ordre scientifique, technique, ou encore médical, préférant même alors procéder à des mesures d'instruction spéciales plutôt que de paraître laisser, par son abstention, l'Administration en mesure de méconnaître la réalité même des faits auxquels s'adresse sa décision (15).

Mais en pratique, le Conseil d'Etat ne s'est pas contenté de donner à la règle d'exactitude matérielle des motifs de fait une portée générale.

L'efficacité de cette règle provient surtout de la discipline très rigoureuse qu'à travers elle le juge a su imposer à l'élaboration des actes administratifs.

(11) Hauriou, note préc. sous C.E., 1^{er} mai 1914, Gomel, S. 1917.3.85.

(12) Cf. *supra*, première partie, titre II, chapitre 1, section I.

(13) Cf. C.E., 12 avril 1955, commune de Saint-Martin-en-Vercors, *Rev. Adm.*, 1955. 401, concl. Heuman.

(14) C.E., 15 mars 1968, commune de Cassis, Rec. 189, A.J.D.A., 1968.2.471.

(15) V. *infra*, section II.

Aussi bien convient-il d'exposer le régime même qui est celui de la règle d'exactitude matérielle en analysant plus précisément le contenu de cette règle d'exactitude matérielle des motifs de fait (*Section I*), et d'autre part les méthodes par lesquelles le juge veille à son respect (*Section II*).

Section I

LE CONTENU DE LA REGLE D'EXACTITUDE MATERIELLE

De par son objet, la censure de l'erreur de fait risque de paraître de prime abord relativement modeste et limitée.

Elle consiste en effet seulement à déterminer si l'administré a par exemple bien eu tel comportement, accompli tel acte, tenu tels propos qui lui sont reprochés, ou s'il se trouve dans telle situation dont l'acte fait état, si tel événement s'est bien produit, si la configuration des lieux ou les caractères des choses concernées par la décision sont objectivement tels que l'agent public l'a cru, ou en tout cas tels qu'il l'a dit.

Ce contrôle peut certes porter sur des situations juridiques, par exemple lorsque le « fait » allégué à la base du motif consiste en une « qualité » telle que celle de « propriétaire » attribuée ou déniée au requérant (16). Le propre du contrôle de l'exactitude matérielle est cependant de se maintenir au niveau du contenu brut de la situation de fait, indépendamment des conséquences juridiques qu'y a attaché l'agent public.

Or, il est certain que sauf dans le cas où la condition légale se résume en une constatation de fait, l'exactitude de cette constatation ne garantit pas directement la justesse des conséquences qu'en a tiré l'agent. C'est d'ailleurs pourquoi ce contrôle peut se concilier avec la reconnaissance au profit de l'agent d'un pouvoir discrétionnaire d'appréciation sur la portée à attribuer aux circonstances de l'espèce.

Tout en respectant ce cadre, la jurisprudence ne s'en est pas moins attachée à donner la plus grande ampleur possible à la règle d'exactitude matérielle, en exigeant qu'il y ait la plus parfaite conformité entre les allégations de l'Administration quant aux faits de l'espèce, et leur réalité objective.

1) L'exactitude matérielle des faits suppose tout d'abord une correspondance extrêmement précise entre la teneur des faits tels que

(16) Par ex. C.E., 14 février 1969, Cons. Monmirel, Rec. 95.

l'acte les décrit, par rapport à la façon dont ils se sont réellement produits.

Dans certaines hypothèses, l'erreur de fait est en quelque sorte absolue, la circonstance alléguée relevant de la pure invention ou de la pure imagination administrative. Mais dans d'autres cas on voit le juge censurer des erreurs plus subtiles ; il qualifie ainsi d'inexactes des faits qui ne sont faux que par certains aspects, ou même simplement qu'à raison de l'excès voire de l'impropriété ou du caractère tendancieux des termes utilisés par l'agent public pour en faire un compte rendu.

En 1935, par exemple, le Conseil d'Etat a considéré comme « matériellement inexacte » l'allégation de « demandes réitérées » qui auraient été adressées par l'Administration à un particulier pour en obtenir certains renseignements, alors, dit l'arrêt, « qu'il résulte des pièces du dossier qu'une seule demande ayant cet objet a été adressée (17) ; toute aussi « inexacte » serait l'allégation administrative suivant laquelle le destinataire de l'acte aurait demandé sa mise en disponibilité alors qu'en fait il avait simplement demandé un congé de 6 mois sans traitement, ce qui, note par exemple l'arrêt Panabière de 1936, avait une « portée différente » (18).

De même, en 1947, il a censuré l'inexactitude du motif d'un arrêté d'Epuration fondé sur le fait que son destinataire aurait fait « partie du premier Gouvernement de fait... en qualité de Garde des Sceaux, du 12 juin au 16 juillet 1940 », alors qu'en réalité il n'avait exercé ces fonctions que du 16 juin au 12 juillet (19) ; en l'espèce, la rigueur de la censure contentieuse se justifiait d'ailleurs par les circonstances propres à l'affaire : l'erreur commise aboutissait en effet à inclure dans la durée des fonctions gouvernementales de l'intéressé la date du Conseil des Ministres qui en juin 1940 s'était décidé à demander l'Armistice ; en parlant du 16 juillet, au lieu du 12, on laissait d'autre part supposer la persistance de son activité politique postérieurement à la loi du 10 juillet à la suite de laquelle il avait au contraire remis sa démission. Cette double erreur risquait bien dès lors d'avoir pu influencer le Ministre dans son appréciation ultérieure de la gravité des faits (20).

Un exemple particulièrement caractéristique de la précision qu'exige le Conseil d'Etat dans le compte rendu des faits concerne certainement sa recherche de l'éventuelle contrainte qui aurait forcé l'administré à accomplir l'acte qui lui a ensuite été reproché. Ainsi de bonne heure a-t-on vu le juge censurer les décisions modifiant la situation d'un fonctionnaire prétendument « sur sa demande », alors que cette demande, tout en étant réelle, lui avait en fait été dictée par « une contrainte

(17) C.E., 28 mai 1935, dame Dagueplats, Rec. 614.

(18) C.E., 18 mars 1936, Panabière, Rec. 347.

(19) C.E., 4 juin 1947, Frémicourt, Rec. 245, J.C.P., 1947.II.3.673, concl. Célrier.

(20) Dans ses conclusions M. Célrier reprochait également à l'arrêt de parler d'un « gouvernement de fait » pour la période antérieure à la loi du 10 juillet 1940.

de nature à vicier son consentement » (21). Il y a là un développement intéressant de la jurisprudence Trépont qui conduisait seulement le juge à vérifier l'existence formelle de la prétendue demande du fonctionnaire.

Cette jurisprudence des faits accomplis sous l'empire de la contrainte est surtout célèbre pour avoir été appliquée dans le contentieux de l'Épuration à propos d'actes de « collaboration » auxquels le destinataire de la sanction n'avait pas eu en fait la liberté de se refuser. Par exemple, le Conseil d'État a jugé « matériellement inexact » le motif tiré de ce que le sieur T. aurait « favorisé les desseins de l'ennemi en se mettant à son service » alors qu'en fait, dit l'arrêt, « il ne ressort pas des pièces du dossier que le requérant ait effectué pour les autorités allemandes d'autres prestations que celles auxquelles il était tenu par un ordre de réquisition... à l'exécution duquel il ne pouvait se soustraire » (22).

En réalité, on se trouve là à mi-chemin entre la stricte matérialité des faits et leur qualification juridique. Lorsque les faits ont seulement été décrits par l'Administration en termes exagérés, que leur sens a été déformé ou qu'une partie essentielle de l'affaire a été omise, le juge peut en effet avoir le choix entre une censure de l'exactitude de fait — en l'occurrence de l'exactitude du terme choisi par l'auteur de l'acte — et une censure de la qualification ou de la portée attribuée aux faits retenus. Il arrive d'ailleurs que le Conseil d'État préfère souligner qu'en raison de la contrainte qui s'est exercée les faits allégués ne constituent pas un « motif suffisant » (23), ou encore qu'ils « ne sont pas au nombre de ceux qui peuvent légalement justifier une sanction » (24). Un arrêt de cassation de 1972 considère de même qu'il y a eu « qualification inexacte » à considérer que des « interviews » puissent tomber sous le coup de la règle qui oblige les vétérinaires à se faire autoriser à prononcer des « conférences radiodiffusées », ce qui aurait pu aussi bien constituer une « erreur de fait » dès lors que le juge aurait constaté que les conférences alléguées à l'appui de la sanction litigieuse n'existaient pas, purement et simplement (25). La jurisprudence de cassation connaît justement aussi un mode particulier de sanction, la « dénaturation des faits » qui consiste à les présenter en termes tendancieux tels qu'il en ressort une fausse impression (26).

(21) C.E., 15 janvier 1931, Boyreau, Rec. 49. — C.E., 2 février 1944, de Lapouze, Rec. 41. — C.E., 4 juin 1947, Parot, Rec. 245. — C.E., 25 juin 1947, Depis, Rec. 281. — C.E., 24 février 1960, Vizon, R.D.P., 1960.851, et cf. Auby, note au S. 1949.3.1 sous C.E. (S.), 21 juillet 1948, Riss et C.E., 28 juillet 1948, Calvet. — Mourgeon : « La répression administrative », pp. 420-424.

(22) C.E., 11 mars 1949, Trait, Rec. 120.

(23) Cf. C.E., 23 juillet 1947, Denentz, Rec. 334.

(24) C.E., 15 juillet 1949, Masselin, Rec. 353, et C.E., 21 juillet 1948, Riss, S. 1949.3.1, note Auby.

(25) C.E., 12 avril 1972, Lesaffre, Rec. 282.

(26) Cf. Peiser, *op. cit.*, p. 380. — Auby et Drago, *Traité préc. n° 1345*. — C.E. (Ass.), 4 janvier 1952, Simon, Rec. 13, conclusions Letourneur, *Gaz. Pal.*, 1952.1.110. — C.E., 25 juin 1953, Hiff, Rec. 264.

Ce possible expansionisme de l'erreur de fait est important à noter ; il lui donne en effet des potentialités non négligeables, surtout lorsque cet examen est le seul que le juge accepte de pratiquer à l'égard des motifs de fait, d'une décision, ainsi qu'il en va en cas de « pouvoir discrétionnaire ».

Certaines décisions jurisprudentielles d'excès de pouvoir se sont d'ailleurs occasionnellement référées à la notion de « dénaturation des faits » (27) ; dans le même esprit, on aura vu en 1951 le Conseil d'Etat reprocher aux termes d'une mesure d'épuration d'avoir donné au comportement de l'intéressé « une portée matériellement inexacte » (28).

2) L'exactitude matérielle des faits suppose également que les faits relatés soient vrais ou aient continué de l'être au moment même où l'agent a statué.

C'est là la traduction du principe jurisprudentiel suivant lequel la légalité d'un acte s'apprécie à la date de son émission (29).

Cela signifie qu'un acte administratif reposerait sur un motif inexact en se fondant sur des faits qui auraient cessé d'exister. Ainsi, en 1965, le Conseil d'Etat a annulé comme reposant sur un « fait matériellement inexact » un décret de mise en disponibilité d'un officier qui avait été pris au motif que cet officier n'était plus à même d'assurer son emploi « à la suite de l'arrêté d'assignation à résidence pris à son encontre » ; certes, cet arrêté existait bien, mais l'assignation à résidence avait été levée trois jours avant l'édiction du décret attaqué (30) ; on a également souvent vu le juge considérer comme fondé sur des faits inexacts la mesure prise prétendument « à la demande de l'intéressé » alors que cette demande avait été retirée avant l'édiction de l'acte qui l'invoquait (31). De la même manière le Conseil d'Etat a-t-il considéré comme « matériellement inexact » le motif tiré par un décret de dissolution d'un Conseil municipal, de l'existence de « dissensions... qui entravent l'Administration de la commune » alors que si de telles dissensions avaient bien existé, elles avaient pour autant disparu avant l'intervention du décret litigieux grâce à la démission de quelques membres du Conseil (32).

Si l'acte ne peut valablement se fonder sur des faits qui auraient cessé d'exister, pas davantage l'Administration ne peut-elle se préva-

(27) Cf. T.A. Paris, 5 juillet 1962, Société d'ébénisterie industrielle, Rec. 776, et C.E., 10 décembre 1969, Fourel, Rec. 572.

(28) C.E., 20 juillet 1950, Fiat, cité par M. Letourneur, in « Apparition de nouveaux éléments subjectifs dans le recours pour excès de pouvoir », E.D.C.E., 1953, pp. 69 ss.

(29) Cf. Auby : « L'influence du changement de circonstances sur la validité des actes administratifs unilatéraux », R.D.P., 1959, p. 431 (notam. pp. 441 ss.).

(30) C.E., 7 juillet 1965, Boucher de Crèvecœur, Rec. 415.

(31) C.E., 3 août 1927, Guibert, Rec. 914. — C.E., 22 janvier 1936, Duppont, Rec. 97. — C.E., 29 juillet 1943, Mathieu, Rec. 213. — C.E. (S.), 26 janvier 1962, Castin, Rec. 63, A.J.D.A., 1962, p. 167, et 146, chr. Galabert et Gentot. — V. Isaac, *op. cit.*, pp. 331 ss.

(32) C.E., 18 décembre 1968, Durand et Barbero, Rec. 657.

loir devant le juge de ce que les circonstances qu'elle allègue dans son acte, et qui n'existaient pas au moment où elle a statué, seraient par la suite survenues : l'illégalité initiale de l'acte ne se trouve pas en effet couverte par l'apparition ultérieure du motif invoqué (33). La jurisprudence annule par exemple une nomination anticipée d'un fonctionnaire à un poste qui en fait n'était pas encore vacant (34) ; de même, lorsqu'un acte irrégulier a été pris dans des circonstances normales, le fait que des circonstances exceptionnelles soient apparues par la suite, et notamment lors de l'examen de l'acte par le juge, n'est pas de nature à faire considérer l'acte comme valable (35). La seule exception concerne les actes dont les motifs ne peuvent justement, de par leur contenu même, n'être vérifiés que postérieurement à l'édition de l'acte : c'est par exemple l'hypothèse de la nomination d'un fonctionnaire en remplacement d'un agent « appelé à d'autres fonctions », l'Administration disposant seulement alors d'un délai raisonnable pour remplir la condition de fait dont elle-même a assorti son acte (36).

Il convient tout de même de rappeler que si le changement des circonstances de fait est sans influence sur la légalité ou sur l'illégalité initiales de l'acte administratif, il peut cependant avoir pour effet d'en modifier la valeur dans l'avenir. Certains textes prévoient spécialement cette adaptation de l'acte (37). En dehors de ces textes, la jurisprudence a également admis cette adaptation ou cette cessation de validité de l'acte tout au moins s'il s'agit d'actes réglementaires non créateurs de droit : ainsi, les règlements administratifs pris en fonction de circonstances exceptionnelles et qui en d'autres temps seraient considérés comme illégaux cessent nécessairement de recevoir application avec le retour à une conjoncture normale (38) ; en dehors de cette hypothèse, la jurisprudence Despujol autorise également les intéressés à demander à l'auteur d'un acte la modification ou l'abrogation de tout règlement « au cas où les circonstances qui ont pu motiver légalement (cet acte) ont disparu » (39) ; en cas de refus de l'Administration, il appartiendra au juge de décider si la modification ou l'abrogation du règlement s'imposait vraiment, et la jurisprudence ne paraît plus exiger, comme elle parut le faire originellement que ce changement soit « impor-

(33) Auby, art. préc., R.D.P. 1959, p. 442.

(34) C.E., 10 mars 1950, Syndicat du personnel autonome de l'expansion économique à l'étranger, Rec. 15. — C.E., 14 juin 1950, Etele et Sarrote, Rec. 362.

(35) C.E., 4 mars 1944, Guy, Rec. 79. — Cf. Auby, art. préc., R.D.P., 1959, p. 441.

(36) C.E., 28 mars 1924, Régnier, S. 1925.3.51, et Heuman, conclusions sous C.E., 21 décembre 1956, Pin, D. 1957, J.77.

(37) Par ex. le décret du 28 juin 1955 qui prévoit que les cliniques ouvertes des hôpitaux ne peuvent être maintenues que si les circonstances justifiant leur ouverture (notamment l'insuffisance de l'initiative privée) subsiste encore. (V. Auby, art. préc., p. 442).

(38) V. Auby, art. préc., R.D.P., 1959, p. 439. — Cf. C.E., 2 janvier 1955, Andriamiser, Rec. 13 et R.D.P., 1955.709, n. Waline. — C.E., 23 juin 1965, Soc. A. Besse, Rec. 382.

(39) C.E., 10 janvier 1930, Despujol, Rec. 30, S. 1930.3.41, n. Alibert. V. Gr. Ar., n° 47, p. 187.

tant » (40) ; en matière d'interventionnisme économique, le Conseil d'Etat a voulu cependant ménager davantage la liberté d'action administrative et a assorti l'obligation administrative de modifier ou d'abroger son règlement du fait du changement des circonstances à des conditions strictes : selon l'arrêt Simonnet de 1964, le changement de circonstances doit en effet alors revêtir le caractère d'un bouleversement, avoir été indépendant de la volonté des intéressés, n'avoir pas pu entrer dans les prévisions de l'auteur de la mesure litigieuse, et aboutir enfin à retirer à l'acte tout fondement juridique (41).

Section II

LES METHODES DE VERIFICATION DE L'EXACTITUDE MATERIELLE DES FAITS

Dans une chronique au « Livre Jubilaire du Conseil d'Etat », M. Josse observait il y a quelques années, que « cette vérification des faits matériellement inexacts est en général facile » (42).

L'évidence d'un grand nombre d'erreurs de fait commises par l'Administration contribua d'ailleurs sans doute à la systématisation jurisprudentielle de sa censure : l'arrêt Gérard de 1918 insistait ainsi sur « l'inexistence flagrante » des faits allégués, qui ajoutait-il, laisserait « sans aucune base légale » l'acte attaqué (43).

Il est vrai que la fausseté des faits allégués peut souvent être aisément déterminée, par exemple lorsqu'ils s'agit d'événements politiques qui se sont déroulés en toute publicité (44), de situations dont le contenu a été enregistré sur procès-verbal (45), ou encore de faits dont la teneur a été établie par décision de justice (46), le juge admi-

(40) Cf. C.E., 24 juin 1938, Chambre de Commerce de Dakar, Rec. 578, cette condition n'a pas été reprise par l'Assemblée du Contentieux dans son grand arrêt du 10 janvier 1964. Syndicat National des Cadres de Bibliothèques, Rec. 17, S. 1964.234, n. Auby, et aussi C.E. (Ass.), 8 janvier 1971, U.R.S.S.A.F. des Alpes-Maritimes, Rec. 11, concl. Vught, A.J.D.A., 1971.161, note Ferrari. — C.E., 25 mai 1973, Cabanié, Rec. 366.

(41) C.E. (Ass.), 10 janvier 1964, Ministre de l'Agriculture c. Simonnet, Rec. 19, S. 1964.234, n. Auby et D. 1964, J. 414, n. Touscoz.

(42) Chron. in Livre Jubilaire du Conseil d'Etat, p. 166.

(43) C.E., 5 juillet 1918, Gérard, Rec. 665.

(44) Cf. C.E., 4 juin 1947, Frémicourt, préc., Rec. 245, J.C.P., 1947.2.673, concl. Céliet et C.E., 13 janvier 1970, Geismar, Rec. 31.

(45) C.E., 23 janvier 1920, Albertini, Rec. 31. — C.E. (Ass.), 4 mars 1949, Mihura, Rec. 109.

(46) Cf. C.E., 7 mai 1952, Urrutiaguer, Rec. 226. — C.E., 14 février 1969, consorts Monmirel, Rec.95.

nistratif respectant d'ailleurs par principe les constatations de fait opérées au pénal par les juges judiciaires (47).

Exceptionnellement, il arrive même que l'Administration « reconnaisse » devant le juge l'erreur involontaire qu'elle a commise (48), son refus de présenter des observations à la suite de la communication qui lui a été faite du pourvoi peut également équivaloir de sa part à un « acquiescement » aux faits exposés dans la requête, en vertu de l'article 56 de l'Ordonnance du 31 octobre 1945 (49).

Le contentieux des motifs place cependant aussi quelquefois le juge dans des situations plus délicates, par exemple lorsque les faits allégués consistent en des comportements, activités ou attitudes individuelles passées reprochés à l'appui d'une sanction ou d'une mesure individuelle de police.

Il se pose alors un problème de preuve et de présomption d'exactitude ou d'inexactitude des énonciations de fait de l'acte.

L'Administration de la preuve devant le Conseil d'Etat n'étant que très exceptionnellement réglementée (50), c'est au juge lui-même qu'il est revenu historiquement de définir les modalités de sa vérification du respect par l'acte de la règle d'exactitude matérielle.

En ce domaine, d'ailleurs le juge a retenu des solutions qui ont largement contribué à l'efficacité du principe suivant lequel tout acte doit « au moins » reposer sur des constatations de fait exactes.

A cet égard, on remarquera d'abord qu'en tant que juge de l'excès de pouvoir le Conseil d'Etat ne s'astreint pas aux limites qu'il observe lorsque son contrôle de cassation l'amène à vérifier l'exactitude des faits relevés par les premiers juges. En effet, le juge de cassation ne contrôle l'exactitude des faits qu'au vu des pièces dont le juge du

(47) Par ex. C.E., 15 avril 1970, *Ministre de l'Équipement et du Logement c. Bailly*, Rec. 249, et aussi C.E., 21 novembre 1958, *ville de Briare*, Rec. 577. — C.E., 27 janvier 1965, *Pasquelin*, Rec. 54. — C.E., 24 novembre 1967, *demoiselle Labat*, Rec. 444. La jurisprudence administrative réservant cependant le cas des décisions pénales de relaxe au bénéfice du doute : C.E., 11 mai 1956, *Chomat*, D. 1956.469, concl. Laurent. — C.E., 19 mai 1971, *Hubert (Jean)*, Rec. (Tab.), 1159 ; et elle refuse de lier l'Administration par des ordonnances de non-lieu (par ex. C.E., 18 juin 1975, *dame Canu*, Rec. 362. — C.E., 5 mai 1976, *Lerquemain*, ainsi que par les décisions de classement sans suite (cf. C.E., 7 juillet 1971, *Thierry*, Rec. 514). Sur l'ensemble de la question : *Auby et Drago*, *Traité préc.*, n° 102. — *Durand* : « Les rapports entre les juridictions administratives et judiciaires », thèse, Rennes, 1954. — *Mourgeon*, *op. cit.*, pp. 259 ss. — *Liet-Vaux* : « La guerre des juges aura-t-elle lieu ? », *Rev. Adm.*, 1975, p. 27.

(48) Par ex. C.E., 8 août 1865, *Maréchal*, Rec. 758. — C.E., 22 novembre 1944, *Nemours*, Rec. 301. —

(49) Cf. *supra*, p. 72, par exemple : C.E., 31 janvier 1951, *dame Perney*, Rec. 58, C.E., 20 décembre 1962, *Deckmyn*, Rec. 698. — Sur la question cf. aussi C.E., 11 octobre 1963, *Association des Amis du site de Clagny*, A.J.D.A., 1964.2.55, conclusions Braibant.

(50) V. *Colson* : « L'office du juge et la preuve dans le contentieux administratif », 1970, p. 182, qui cite le cas du régime de la délivrance des titres de résistance le juge tendant d'ailleurs à ne reconnaître qu'une valeur indicative aux dispositions légales.

fond a eu connaissance (51). Les garanties de l'examen des faits par une première instance juridictionnelle expliquent cette solution restrictive ; mais le juge de l'excès de pouvoir n'avait aucune raison de filtrer d'une quelconque façon la critique portée par le requérant à l'encontre des bases matérielles du motif de l'acte, et n'a jamais cherché au contraire qu'à la faciliter et à l'étendre.

En pratique, le juge s'est surtout confronté au problème des charges qu'il convenait d'imposer au requérant dans la démonstration de l'inexactitude matérielle des fondements de fait de l'acte, et de la place à faire ici au principe suivant lequel c'est à l'auteur du recours qu'il incombe normalement d'apporter la preuve de ses prétentions. La mise en œuvre de cette règle « *actori incumbit probatio* » contraindrait le requérant à démontrer lui-même, toujours et en entier, l'inexactitude des motifs de fait de l'acte telle qu'il la dénonce devant la juridiction d'excès de pouvoir.

Le contentieux des motifs s'est progressivement fixé sur des solutions beaucoup plus nuancées qui se caractérisent par l'aide que le juge apporte au requérant dans sa critique de l'erreur de fait, et qui traduisent une nouvelle fois l'importance de l'« instruction » dans le recours pour excès de pouvoir.

On précisera d'abord les justifications qu'on peut apporter à la remise en cause du principe « *actori incumbit probatio* » (paragraphe 1), avant d'examiner quelles facilités concrètes le juge offre au requérant dans sa critique de la fausseté des motifs de fait de l'acte litigieux (paragraphe 2).

1) Les justifications d'une remise en cause du principe : « *actori incumbit probatio* ».

La doctrine est pratiquement unanime à critiquer l'usage qu'on pourrait être tenté de faire du principe « *actori incumbit probatio* » dans le contentieux de l'erreur de fait. Ses arguments se fondent sur les caractères propres du recours pour excès de pouvoir et sur la position particulièrement défavorable qu'y connaît le requérant dans l'exercice d'une preuve de l'inexactitude des motifs de fait.

Certes, la charge de la preuve constitue toujours par nature une entreprise aléatoire et une responsabilité inconfortable pour le demandeur ; si le droit judiciaire privé la lui impose, ce n'est évidemment pas en raison de sa facilité, mais parce qu'il paraît légitime d'exiger de la partie qui prend l'initiative du procès qu'elle démontre la véracité de ses prétentions et de ses allégations. Aussi bien, dans le cadre du recours pour excès de pouvoir, pourrait-on même songer d'abord à accentuer la rigueur du principe de cette charge au nom de la « présomption de conformité au droit » dont bénéficie, selon la formule de M. Rivero, tout acte juridique administratif.

(51) V. Peiser, *op. cit.*, p. 376. — Odent, cours préc., p. 1640. — Auby et Drago, *Traité préc.*, n° 1433.

A l'encontre de cette tentation, on a cependant pu faire valoir que « le requérant n'est pas dans la position d'une partie ordinaire » (52) et que la preuve qui lui serait systématiquement imposée au nom de la règle « *actori incumbit probatio* » risquerait d'être spécialement difficile à mettre en œuvre, voire de constituer à la limite une charge injustifiée.

L'analogie avec le procès civil est tout d'abord contestable dans la mesure où si le requérant a bien l'initiative du recours pour excès de pouvoir, c'est généralement l'Administration qui a eu l'initiative de l'acte litigieux : il serait alors possible de comparer cet acte à une espèce de « prétention » juridique que son auteur devrait dans ces conditions assortir d'un minimum de justifications et d'éclaircissements.

Les résistances à la transposition pure et simple de la règle « *actori...* » dans le régime des motifs de fait tiennent plus encore aux caractères propres de certaines preuves qui seraient alors demandées au requérant. Le problème est essentiellement celui des « preuves négatives », notamment en matière de sanctions administratives : en telle hypothèse, la présomption d'exactitude des motifs de fait allégués par l'acte conduirait à exiger du requérant la démonstration particulièrement difficile qu'il n'a pas accompli telle action, ou qu'il n'a pas participé à telle activité, c'est-à-dire qu'on exigerait pratiquement de lui la preuve de son innocence.

La comparaison de recours pour excès de pouvoir ne doit plus alors être faite avec le procès civil, mais avec le procès pénal où domine justement le grand principe de la présomption d'innocence. « Quel juge d'instruction, note M. Demichel, oserait demander à l'inculpé de démontrer qu'il ne se livrait pas à telle occupation au moment où se commettait le forfait ? » (53) ; de la même façon, M. Liet-Vaux constatait en 1947 qu'en matière de sanctions administratives la présomption d'exactitude des motifs reviendrait à établir « une présomption de culpabilité » du destinataire de cette sanction (54).

A la limite, la preuve par le requérant de l'inexactitude des motifs de fait risque d'être si difficile que le fonctionnement même du contrôle juridictionnel s'en trouverait dangereusement entravé. Les mécanismes de la preuve cesseraient alors d'être au service de la découverte de la vérité, comme c'est leur fonction naturelle, pour se constituer en pur et simple obstacle de principe à la critique contentieuse de l'acte administratif.

(52) Auby et Drago, *op. cit.*, t. II, n° 1332. — V. aussi Pactet : « Essai d'une théorie de la preuve devant la juridiction administrative », thèse, 1950. — Chaudet : « Les principes généraux de la procédure administrative contentieuse », thèse, 1967. — Debbasch : « Procédure administrative contentieuse et procédure civile », thèse, 1959, et Odent : « Cours de contentieux administratif », 1970-1971, pp. 669 ss. — De-noix de Saint-Marc et Labetoulle : « Les pouvoirs d'instruction du juge administratif », E.D.C.E., 1970, pp. 69 ss.

(53) Demichel, n. sous C.E., 13 novembre 1964, Livet, D. 1965.668.

(54) Liet-Vaux, n. sous C.E., 1^{er} juin 1943, Magnas, S. 1947.3.37.

L'Administration ne manque pourtant déjà pas de privilèges dans ses pouvoirs d'exécution de la loi. C'est ainsi que le particulier n'a pas le pouvoir d'exiger lui-même de l'agent public la communication des motifs de l'acte le concernant. Or, il est évident, comme on l'a évoqué plus haut, que faute d'une explication précise, par l'Administration des raisons de fait qui l'ont déterminé à statuer la faculté « offerte » au requérant d'en critiquer l'exactitude serait à la limite d'une totale hypocrisie. A ce niveau, le requérant ne peut donc attendre de secours que de la bonne volonté administrative ou, mieux encore, du juge de l'excès de pouvoir.

2) Les aides apportées par le juge au requérant dans sa critique de l'erreur de fait.

Le Conseil d'Etat n'est naturellement pas demeuré insensible à ces difficultés de preuve rencontrées par le requérant et qu'ont souvent évoquées devant lui ses commissaires du Gouvernement (55).

Certaines décisions jurisprudentielles donneraient certes à penser qu'il incombe bien par principe au requérant de renverser la présomption d'exactitude dont seraient investis les motifs de l'acte administratif. On peut ainsi relever divers arrêts qui rejettent le moyen tiré de l'inexactitude des motifs de fait par la considération que « le requérant n'établit pas » cette inexactitude (56).

Il est vrai qu'à côté de ces rigoureuses formules, on en trouve d'autres qui ont semblé admettre, il y a quelques années une obligation inverse pour l'Administration d'« apporter la preuve de l'exactitude » de ses allégations de fait (57).

Cette diversité de solutions quant à l'attribution au requérant de la charge de la preuve de l'inexactitude a parfois conduit à conclure qu'en réalité « la charge de la preuve n'existe pas » (58).

En réalité le requérant n'est pas exonéré de toute responsabilité dans la critique qu'il fait devant le juge de l'inexactitude matérielle des motifs de fait de l'acte. Mais il y a bien assouplissement de la notion de charge de la preuve dans la mesure où son administration se fait essentiellement sous l'autorité du juge qui laisse en fait rarement le requérant y procéder seul.

(55) Par ex. Kahn sous C.E. (Ass.), 4 mars 1966, Manufacture des Produits Chimiques de Tournans, J.C.P., 1966.II.1465, et Galmot sous C.E., 22 avril 1966, Mony et même jour Tochou, R.D.P., 1966.584.

(56) C.E., 18 juin 1915, Ponsonnailles, Rec. 206. — C.E., 1^{er} juin 1943, Magas, S. 1947.3.37, n. Liet-Vaux, préc. — C.E., 10 août 1923, Leloutre, Rec. 686. — C.E., 13 novembre 1964, Livet, J.C.P., 1965.II.286, n. Lauvagan. — D. 1965.668, note Demichel.

(57) C.E., 13 juillet 1965, Magne de la Croix, Rec. 461. — C.E., 3 février 1965, Saboureau, Rec. 64. — C.E., 16 juin 1965, Morin, Rec. 35. — C.E., 8 juin 1966, Banse, Rec. (Tab.), 1067, A.J.D.A., 1966.2.631. — Cf. Odent, cours préc., p. 707.

(58) Galmot, conclusions sous C.E., 22 avril 1966, Tochou, R.D.P., 1966.584 (notamment p. 587).

1) Tout d'abord, le juge participe lui-même, avec le requérant, à l'établissement de la preuve de l'inexactitude des motifs de fait des actes administratifs.

a) De façon générale, la « conviction » du juge, pour reprendre une expression qu'aiment à employer les commissaires du Gouvernement joue ainsi très fréquemment un rôle, lorsque la nature de la preuve attendue du requérant interdit d'aboutir à une véritable démonstration. Dès lors que sont en cause des comportements, ou des situations qui n'ont pas laissé de traces matérielles, le juge de l'excès de pouvoir est amené inévitablement à conforter de sa conviction propre les éléments de preuve apportés par le requérant.

Cette conviction du juge exerce déjà un rôle important dans la preuve du détournement de pouvoir. Comme l'observait Alibert, « tous les moyens sont légitimes qui procurent au Conseil d'Etat non pas même la preuve du détournement de pouvoir, mais la conviction qu'il a été commis » (59).

De la même manière, dans l'affaire Camino, en 1916, le commissaire du Gouvernement Corneille n'hésitait-il pas à faire état de « l'impression fâcheuse » qu'il retirait de l'exposé des griefs articulés contre le maire d'Hendaye pour justifier la sanction disciplinaire qui lui avait été infligée (60) ; de même, à l'occasion de l'affaire Trépont le commissaire du Gouvernement Rivet faisait volontiers état devant le Conseil de son « impression que l'hypothèse du sieur Trépont sollicitant un congé... était difficilement admissible » ajoutant que le refus évident de l'Administration de coopérer à la recherche de la vérité avait achevé de le « convaincre » (61).

Ce rôle avoué de la conviction du juge lui permet alors d'accueillir toutes sortes d'éléments de preuve de la part du requérant. Ainsi, dans l'arrêt de Zeltner de 1929, le juge déduisit a contrario l'inexistence de la prétendue demande de mise en disponibilité d'un fonctionnaire à partir du fait que justement « le sieur de Zeltner n'avait cessé depuis 1916 de demander son rappel à l'activité » (62). De même, dans l'affaire Benazet de 1932, l'inexistence d'une autre prétendue « demande » de mutation d'un agent public auquel se référait l'acte attaqué fut déduite par le juge des « conditions » dans lesquelles l'intéressé avait été appelé à sa nouvelle résidence (63).

A l'inverse, aussi bien, l'attitude du requérant peut contribuer à convaincre le juge de l'absence de toute erreur de fait. Un arrêt de 1968 rejette par exemple la critique adressée à des arrêtés de détachement fondés encore sur la « demande » de l'intéressé, en se référant « notamment, selon les termes de l'arrêt, au fait que pendant plus de

(59) Alibert : « Le contrôle juridictionnel de l'Administration par le moyen du recours pour excès de pouvoir », (1926), p. 64.

(60) Concl. sous C.E., 1916, Camino, R.D.P., 1917.150.

(61) Concl. Rivet sous Trépont, R.D.P., 1922.81 s.

(62) C.E., 18 janvier 1929, de Zeltner, Rec. 73.

(63) C.E., 6 février 1932, Benazet, Rec. 148.

six années la Delle K. s'est abstenue de contester les dites mentions » (64).

Il est d'ailleurs symptomatique, comme l'a relevé M. Pactet, que la plupart des arrêts qui accueillent favorablement la critique par le requérant de l'erreur de fait qu'aurait commise l'Administration le fassent rarement en disant que cette erreur « est établie par le requérant », mais se réfèrent plutôt au résultat de « l'instruction » ou des « pièces du dossier », manifestant par là le rôle actif que le juge se reconnaît a priori dans l'Administration de cette preuve (65).

b) Le juge, plus directement encore, peut aider le requérant par l'usage de mesures d'instruction (65 bis).

La communication de pièces ou documents, qu'il est en droit d'exiger de l'Administration, peut ainsi lui permettre de réaliser lui-même certaines vérifications, comme elle peut lui fournir l'information dont il a besoin sur les motifs mêmes dont l'Administration appuie sa décision.

Trois autres moyens sont à sa disposition, qui, justement, tendent à connaître un certain regain contemporain, même si l'utilisation en demeure forcément limitée.

Le juge peut ainsi procéder à des enquêtes, qui aboutissent à la formulation de témoignages (66), et le Conseil d'Etat qui pour sa part avait pratiquement cessé d'y avoir recours depuis le début du siècle en a redécouvert en 1963 la possible utilité. Comme la visite des lieux, cette procédure était tombée en désuétude pour des raisons d'ailleurs assez compréhensibles ; il semble que les juges du Palais-Royal y aient vu, surtout à l'époque de l'encombrement de son rôle, « une lourde procédure » (67) ; le Conseil d'Etat pouvait d'autre part redouter un énervement des services administratifs consécutif à la multiplication des enquêtes. M. Drago observe également que « la Haute-Assemblée se prononçant assez longtemps après les faits invoqués, l'enquête présenterait (pour elle) un moindre intérêt » (68). La complexité de certains litiges l'aura cependant conduit à ré-utiliser cette procédure, d'abord en 1963 pour déterminer l'existence d'une « proposition » de nomination par un jury de concours (69), puis en 1969 à propos des modalités de déroulement d'une enquête d'expropriation (70). Le Conseil d'Etat s'est égale-

(64) C.E. 6 mars 1968, Delle Kahn, A.J.D.A., 1968.II.534.

(65) Pactet, *op. cit.*,

(65 bis) Cf. Colson : « L'office du juge et la preuve dans le contentieux administratif », L.G.D.J., 1970. — Denoix de Saint-Marc et Labetoulle : « Les pouvoirs d'instruction du juge administratif », E.D.C.E., 1970, pp. 69 ss.

(66) Cf. Denoix de Saint-Marc et Labetoulle, art. préc., E.D.C.E., 1970. — Braibant, concl. sous C.E., 17 juin 1964, Poncin, R.D.P., 1964.811.

(67) Concl. Grévisse, sous C.E., 11 mars 1955, Coulon, R.D.P., 1955.985, préc.

(68) Drago, obs. sous C.E., 22 juin 1963, Poncin, A.J.D.A., 1963.2.649.

(69) C.E., 22 juin 1963, Poncin, Rec. 393, A.J.D.A., 1963.2.649, obs. Drago, et C.E., 17 juin 1964, Poncin, Rec. 337, R.D.P., 1964.811, concl. Braibant.

(70) C.E., 18 avril 1969, consorts Vitry, Rec. 215, A.J.D.A., 1969.2.362, obs. Homont, et p. 424, concl. Morisot.

ment référé à une enquête décidée par un Tribunal Administratif pour constater l'existence d'un détournement de pouvoir (71). Si ces différentes affaires n'étaient, en pratique, pas directement relatives au contentieux de l'erreur de fait, il reste que ce domaine est de ceux où le regain actuel de l'enquête juridictionnelle peut être des plus précieux.

On assiste de la même façon à de plus fréquents recours du juge pour excès de pouvoir à l'expertise pour des faits d'ordre technique qu'il n'est pas toujours loisible de vérifier à partir des seules pièces du dossier. Ainsi, en 1965, le Conseil d'Etat a approuvé le recours d'un tribunal administratif à une expertise en vue de déterminer la réalité d'une « inaptitude physique » qui avait motivé un retrait de permis de conduire (72). En 1966, le Conseil d'Etat en a également ordonné une de son propre chef pour déterminer si un immeuble dépassait en hauteur les limites fixées par les règlements d'urbanisme, les plans et documents fournis par l'Administration ne permettant pas de procéder parfaitement à cette vérification (73).

La « visite des lieux », pratiquée par le tribunal administratif, et à laquelle le Conseil d'Etat a recouru pour la première fois en 1970 après 90 ans de désuétude de cette mesure d'instruction pourrait également contribuer à faciliter la vérification directe de certains faits par le juge de l'excès de pouvoir (74).

Ces procédés de vérification directe ne sont certes appelés qu'à être mis en œuvre exceptionnellement. Ils n'en illustrent pas moins la volonté très nette du juge de se doter en tout état de cause des moyens d'une censure efficace de toutes erreurs qu'aurait commis l'Administration dans la constatation de la situation de fait à laquelle son acte s'applique.

2) Le juge intervient encore et aide le requérant en imposant à l'Administration de participer pour sa part à la preuve de l'exactitude des allégations de fait par lesquelles elle justifie ses décisions juridiques. Sa jurisprudence aboutit même à une véritable redistribution de la charge de la preuve entre l'Administration et le requérant.

Cette atténuation des charges de preuve du requérant s'est surtout manifestée à propos des actes infligeant des sanctions disciplinaires ou autres, de mesures prises en considération de la personne, ou encore d'interventions individuelles de police.

C'est en effet dans ces cas que la preuve par le requérant de l'erreur de fait serait la plus aléatoire compte tenu de ce qu'elle y revêt généralement le caractère d'une preuve de non-culpabilité. La ga-

(71) Cf. C.E., 14 mai 1969, *Ministre de l'Education Nationale c. At*, Rec. (Tab.), 855, A.J.D.A., 1969.440, obs. Homont.

(72) C.E., 3 novembre 1965, *Ministre de l'Intérieur c. Loeb*, Rec. 575 (suivi de C.E., 17 janvier 1968, *Loeb*, Rec. 42, A.J.D.A., 1968.355).

(73) C.E., 14 décembre 1966, *de Fligue*, Rec. 658.

(74) C.E. (S.), 13 mars 1970, *dame Benoist d'Anthenay*, Rec. 182, R.D.P., 1971.226.

rantie juridictionnelle spéciale que le Conseil d'Etat entend apporter aux libertés publiques explique enfin que dans certains cas le juge ait pu aller en ces domaines jusqu'à reprocher à l'Administration de n'avoir par apporté la « preuve qui lui incombe » quant à l'exactitude matérielle de ses allégations de fait (75).

Il serait sans doute excessif, malgré les audacieuses formules de certains arrêts, de parler d'un complet renversement de la charge de la preuve. Mais dans les hypothèses où la détermination de la réalité des motifs ne peut se passer de la collaboration de l'Administration, le juge attend bien au moins de celle-ci qu'elle rende vraisemblables l'exactitude des faits et circonstances qu'elle allègue. Le juge attend en somme qu'elle leur procure un minimum de pertinence, et de solidité.

Nombre d'arrêts censurent en effet l'inexactitude matérielle des motifs de l'acte sans attendre ni faire la démonstration de leur fausseté. Il est certes impossible de systématiser en la matière les solutions du juge. M. Kahn le reconnaissait en 1966 dans ses conclusions à l'affaire Manufacture de Tournans : évoquant les difficultés qu'on aurait à établir un recensement méthodique des formules des arrêts, il ajoutait à l'adresse de l'Assemblée que d'ailleurs « vous n'aimeriez pas ce genre de théorie dans un domaine où vous entendez conserver la plus grande liberté » (76).

Il n'en est pas moins de plus en plus fréquent de voir le juge annuler des actes, non plus au motif que l'inexactitude des faits est établie par le requérant ou par le dossier, mais au motif inverse que leur exactitude « ne ressort pas des pièces du dossier » (ou de l'instruction). Dans ses conclusions précitées, M. Kahn avait pu relever de telles formules en matière de circonstances exceptionnelles et de mesures de police (77) ; elles témoignent qu'en ce qui concerne les motifs de fait la « charge » de l'Administration ne se limite pas toujours à « dire » simplement pourquoi elle a statué, mais qu'il peut lui revenir aussi d'étayer et d'assortir ses allégations d'un minimum de justifications qui les rendent au moins plausibles et vraisemblables.

Il apparaît ainsi que le juge de l'excès de pouvoir astreint l'Administration à rendre au moins « crédibles », ou « plausibles » les motifs de fait dont elle appuie ses actes.

En pratique, l'in vraisemblance de l'exactitude des motifs de fait sera déduite par le juge de leur caractère vague, imprécis, de leur formulation embarrassée, voire de l'incapacité ou du refus de l'Administration de leur apporter un minimum d'explicitation concrète.

Singulièrement depuis une trentaine d'années, toute une jurisprudence s'est constituée en ce sens, qui aboutit à refuser en tel cas

(75) Cf. *supra*, II^e partie, note 57.

(76) Kahn, concl. préc. sous C.E. (Ass.), 4 mars 1966, Manufacture des Produits Chimiques de Tournans, J.C.P., 1966.II.14.651.

(77) Cf. C.E. (S.), 31 janvier 1958, Chambre Syndicale du Commerce d'Importation en Indochine et autres, Rec. 63. — C.E. (S.), 29 mai 1964, Ministre de l'Agriculture c. Simon, Rec. 305.

à l'acte la présomption de vérité à laquelle il prétend. Cette jurisprudence considère en somme qu'il n'y a pas de raison d'accorder une présomption de régularité à un acte qui ne le mérite pas. Elle s'appuie ainsi sur deux grands principes qu'on voit guider d'autres des constructions prétoriennes du Conseil d'Etat. Il s'agit, d'une part de la règle selon laquelle les administrateurs sont tenus de ne statuer qu'en empruntant des méthodes sérieuses de délibération, et en procédant à un examen aussi approfondi que possible des circonstances de l'affaire en cause ; ce sérieux administratif paraît bien justement méconnu dès lors que les causes d'émission de l'acte (surtout s'il porte atteinte à une liberté ou constitue une sanction) resteraient vagues et dépourvues d'assertions justificatives. Il s'agit d'autre part du principe selon lequel l'Administration doit mettre le juge à même de procéder aux contrôles qui lui appartiennent sur ses actes ; on sait que l'imprécision des motifs énoncés par l'Administration à l'appui de ses actes, et à plus forte raison son incapacité ou son refus de les justifier d'une quelconque manière, amène le juge à considérer comme établie la réalité des motifs viciés et entachés de détournement de pouvoir dénoncés par le requérant comme étant la véritable cause d'émission de l'acte (78) ; de même le Conseil d'Etat est-il conduit à considérer comme probable la fausseté de faits que l'Administration ne saurait étayer et dont la vérification serait entravée par elle.

L'application la plus caractéristique de cette jurisprudence est relative aux motifs de fait dont l'Administration était elle-même si peu convaincue qu'elle leur a donné une formulation dubitative. Ainsi, dans un arrêt Chaillou de 1954, le Conseil d'Etat n'admit pas qu'une mesure d'Épuration puisse être motivée par le simple fait que son destinataire « est soupçonné... d'avoir provoqué l'arrestation d'un certain nombre d'employés... » ; la commission d'épuration reconnaissait d'ailleurs la fragilité de ses « soupçons », et le Conseil d'Etat annula, aussi bien, la décision au motif que « l'autorité administrative a retenu à l'encontre du sieur Chaillou un grief fondé sur des faits dont elle n'était pas en mesure d'affirmer qu'ils étaient établis » (80). En telle hypothèse, c'est à la limite tout le fondement de l'acte qui disparaît, l'allégation de « soupçons » ou de « présomptions » ne pouvant être considérée comme celle du « fait » ou de la « faute » qui doit légalement appuyer une sanction (81). Ce cas-limite évoque alors la censure a priori de la Cour de Cassation, pour « défaut de base légale », des jugements qui se sont déterminés par un « motif dubitatif » (82).

Le Conseil d'Etat ne se limite pas d'ailleurs à la censure des hésitations ainsi avouées de l'autorité administrative. Plus générale-

(78) Cf. *supra*, p. 80, et notamment C.E., 13 janvier 1971, commune de Pouligny-Notre-Dame, Rec. 41.

(80) C.E., 23 décembre 1954, Chaillou, R.P.D.A., 1955, n° 75. — Cf. aussi C.E., 2 décembre 1960, Devisme, Rec. (Tab.), 1038.

(81) C.E., 7 septembre 1945, Horrie, Rec. 187.

(82) Cass. Civ., 17 décembre 1968, consorts Casaregola, J.C.P., 1970. Somm. 35.

ment, on l'a vu refuser d'admettre tous motifs de fait qui ne lui semblent pas « dignes de foi », compte tenu des termes de la décision et du dossier qui l'accompagne. La formule utilisée par l'un des considérants de l'arrêt Cannavaglia de 1948 est à cet égard tout-à-fait révélatrice des exigences du juge dans le contentieux de l'action répressive : « le second des motifs, y est-il reproché à l'acte, n'est appuyé d'aucun commencement de preuve » (83).

D'autres arrêts se contentent de souligner que le motif invoqué par l'auteur de l'acte n'est « pas établi » : ainsi un arrêt dame Prévé de 1936 fait valoir que « les faits relatés dans les mémoires produits pour la ville de Marseille ne permettaient pas de regarder le grief formulé comme établi » (84).

Pour parvenir à cette constatation, le juge se livre d'ailleurs à un examen attentif du dossier de l'affaire ; certains arrêts évoquent ainsi l'indigence du dossier en éléments susceptibles de cautionner les allégations administratives (85), ou les faibles garanties d'authenticité que les pièces de ce dossier leur procurent (86), ou encore la contradiction qui peut même exister entre le contenu de ce dossier et les allégations de l'acte (87).

Un rôle essentiel peut aussi alors être tenu par l'espèce de débat que la jurisprudence instaure de plus en plus volontiers à cet égard entre l'Administration, avec ses prétentions, et le requérant, avec ce que les arrêts appellent alors ses « dénégations ».

Selon le juge, ces dénégations peuvent obliger en effet l'Administration à apporter à ses motifs de fait les détails qui leur font défaut sous peine d'annulation de l'acte et d'un renversement des présomptions de « véracité » au profit des « dénégations » du requérant.

Ainsi en est-il allé dans l'importante affaire Grange jugée par l'Assemblée du Contentieux en 1959 : la requête concernait un arrêté d'assignation à résidence que le Ministre avait fini par bien vouloir justifier devant le juge par le fait de l'appartenance du sieur Grange « à un réseau communiste clandestin (en Algérie) où il menait une action

(83) C.E., 14 jan. 1948, Cannavaglia, Rec. 18, et aussi C.E., 2 février 1951, Daude (« aucun commencement de preuve n'est apporté à l'appui de l'allégation suivant laquelle... », Rec. (Tab.), 729, R.D.P., 1951.1145. — C.E., 21 janvier 1950, Oulié, Rec. 54.

(84) C.E., 22 juillet 1936, dame Prévé, Rec. 224. — Cf. aussi C.E., 18 juillet 1947, Esnault, Rec. 327. — C.E., 25 février 1948, Laroubine, Rec. (Tab.), 599. — C.E., 20 février 1952, Poilblanc, R.D.P., 1952.866. — C.E., 12 mars 1969, Dromigny, Rec. 151.

(85) C.E. (S.), 29 juillet 1943, Mathieu, Rec. 213. — C.E. (S.), 5 novembre 1965, Marion (« considérant que l'exactitude matérielle de ces faits... n'est corroborée par aucune des pièces figurant au dossier, lequel ne contient en effet aucun document signé par le sieur Marion ou relatant des propos tenus par lui... que dès lors la décision doit être regardée comme intervenue sur la base de faits matériellement inexacts »), Rec. 587. — C.E., 6 mars 1968, Casabianda, R.D.P., 1968, p. 1159.

(86) C.E., 2 mars 1951, Mesure, R.D.P., 1951, p. 1146. — C.E. (Ass.), 23 avril 1965, veuve Ducroux, Rec. 231, R.D.P., 1965.1188, concl. Galmot.

(87) C.E., 21 juillet 1950, Fiat, inéd. cité par Letourneur, art. préc., E.D.C.E., 1953, p. 69. — C.E., 6 février 1970, Ministre d'Etat chargé des affaires sociales contre Conseil régional de l'ordre des pharmaciens d'Orléans, Rec. (Tab.), 917.

subversive ». Tel était bien le prototype du motif particulièrement difficile à contester dans la mesure où il manquait totalement de précision : comment démontrer qu'on a pas participé à « un » réseau communiste, à plus forte raison s'il est clandestin ? Comment faire la preuve qu'on n'y a mené « aucune » action subversive ? La sollicitude du Conseil d'Etat pour le requérant se trouvait donc justifiée par la quasi-impossibilité où se trouvait le requérant de démontrer la fausseté éventuelle de ces faits. Le mécanisme par lequel l'arrêt conclut à l'erreur de fait est alors remarquable : il constate en effet que « malgré la demande qui lui en a été faite... à la suite des dénégations opposées par le requérant, le Président du Conseil n'a fourni aucune précision ou justification à l'appui du motif susmentionné » (88).

Le Conseil d'Etat a eu plusieurs autres occasions d'avoir recours à cette technique originale : dans un premier temps, le requérant « conteste formellement », comme dit l'arrêt *Magne de la Croix* de 1965, les motifs de fait sur lesquels l'Administration a fondé sa décision. Le juge se retourne alors vers celle-ci et lui demande des précisions complémentaires, usant pour cela de ses pouvoirs d'instruction. Si l'Administration fournit ces précisions, le tribunal attendra du requérant qu'à son tour il développe à nouveau ses critiques quant à leur exactitude ; l'arrêt *Lagrange* de 1968 constate ainsi « qu'à la suite des dénégations qui lui ont été opposées, par le requérant, le Ministre a précisé... » et il ajoute que « le requérant n'a pas contesté l'exactitude » de ces nouvelles allégations administratives qui « doivent (dès lors) être tenues pour établies » (89).

Si au contraire l'Administration ne fournit pas ces précisions le juge conclut à l'erreur de fait, précisant même parfois que « le Ministre n'a pas apporté la preuve qui lui incombait » (90).

Ainsi, moins les motifs de fait auront été assortis des détails qui en permettent une critique efficiente, et moins le juge est exigeant quant à la « preuve » contraire que le requérant est tenu d'en faire. Il appartient seulement à l'Administration d'apporter les précisions complémentaires qui obligeront le requérant à développer de son côté la précision de ses propres allégations.

Comme dans le cadre de la demande proprement dite d'explicitation des motifs de son acte par l'Administration, la question est ici bien entendu de savoir quand les dénégations du requérant seront considérées comme suffisantes et assez substantielles pour provoquer chez l'Administration l'obligation de se justifier plus amplement quant aux bases de son acte, sous peine de les voir présumées inexactes.

Certains arrêts évoquent à cet égard le « commencement de preuve » apporté par le requérant, et constatent qu'en raison de l'insuffisance

(88) C.E. (Ass.), 30 janvier 1959, *Grange*, Rec. 85, concl. Chardeau.

(89) C.E., 22 mai 1968, *Lagrange*, Rec. (Tab.), 1057, A.J.D.A., 1968.2.30.

(90) C.E., 13 juillet 1965, *Magne de la Croix*, Rec. 401. — C.E., 22 avril 1966, *Mony*, Rec. 280, R.D.P., 1966.586, concl. Galmot. — C.E. 6 juin 1966, *Banse*, Rec. (Tab.), 1067, A.J.D.A., 1966.2.31. — C.E., 13 mars 1970, *dame veuve Sinigo*, Rec. 191, et Tab. p. 1152.

de sa réponse, « le Ministre doit être regardé comme n'ayant pas établi l'inexactitude des allégations précises et concordantes du requérant, lesquelles doivent (dès lors) être tenues pour exactes » (91). La jurisprudence sera cependant moins exigeante dès lors que les faits initialement énoncés par l'Administration sont plus vagues et imprécis. L'arrêt Morin de 1965 se contente par exemple de relever que « le Ministre n'a énoncé qu'une affirmation de caractère général sans fournir aucune indication sur l'identité des personnes, ...ni sur les circonstances de lieu et de temps » (92). On est alors proche de l'hypothèse où de l'énoncé incertain des motifs de fait le juge conclut directement à leur invraisemblance.

En pratique, le poids de preuve infligé au requérant dépendra donc du sérieux apparent des allégations administratives, tout comme la qualité des précisions apportées par l'Administration sera confronté à celle des dénégations du requérant. La « thèse » la plus vraisemblable sera alors retenue par le juge.

Il est évident que dans cette confrontation le juge ne peut en réalité avoir un rôle passif, de simple arbitre. Sa « conviction » jouera là encore nécessairement un rôle. Si le juge confronte ainsi les allégations de l'Administration à celles du requérant, c'est aussi en tant que moyen d'atteindre à la connaissance objective des faits, et cette technique rejoint par là l'ensemble des mesures d'instruction susceptibles d'être entreprises par le juge pour s'informer de la réalité des faits, et « pour compléter son dossier dès qu'il éprouve un doute sérieux » (93) ; et elle pourrait d'ailleurs être prolongée de nouvelles mesures d'instruction plus directes du fait de la difficulté du juge à déterminer l'allégation la plus crédible (94).

Il reste que cette forme de vérification des erreurs de fait conserve le mérite particulier de renforcer la responsabilité de l'Administration dans l'énoncé, l'explicitation, et donc dans l'élaboration des motifs de ses actes. Tout ce qui œuvre dans le sens de cette « discipline » de l'Administration peut se révéler aussi fécond que l'exercice des supervisions les plus approfondies.

(91) C.E., 9 mars 1966, *Ministre de la Construction c. Jay*, Rec. 199.

(92) C.E., 16 juin 1965, Rec. 35, préc.

(93) Galmot, concl. sous C.E., 22 avril 1966, *Tochou*, préc., R.D.P., 1966.586.

(94) Cf. T.A. Paris, 14 avril 1964, *Epyana*, Rec. 704.

CHAPITRE II

LE CONTROLE DE LA CORRECTION JURIDIQUE DES MOTIFS DE DROIT

Par opposition à la vérification de l'exactitude des bases de fait du motif de l'acte on peut ici parler d'un contrôle de la régularité de ses bases juridiques : il s'agit en effet de savoir si indépendamment de leur exactitude les raisons qu'allègue l'agent pour statuer étaient de celles auxquelles sa compétence lui permettait de se référer.

Le Ministre des Armées commet par exemple une erreur de droit en refusant des nominations d'aspirants de réserve comme sous-lieutenants de réserve au motif que la loi qui permet ces nominations n'est pas applicable aux demandeurs, alors qu'en réalité elle l'était parfaitement (95) ; de manière générale l'agent public commet une erreur de droit en fondant son acte sur des considérations juridiques qu'en réalité sa compétence légale ne l'autorisait pas à retenir ou qui en méconnaissent la véritable portée.

La censure de l'erreur de droit apparaît ainsi comme parallèle à celle de l'erreur de fait : l'erreur de fait tient à la méconnaissance par l'agent du contenu matériel des faits qu'il invoque à l'appui de son acte ; l'erreur de droit tient à sa méconnaissance du contenu juridique des pouvoirs dont il se prévaut pour statuer.

Aussi bien, comme pour l'erreur de fait, y a-t-il là un contrôle fondamental, « minimum », auquel le juge soumet les motifs de tout acte administratif : l'interprétation par l'agent du contenu même de ses pouvoirs échappe donc au « pouvoir discrétionnaire ». Ces pouvoirs peuvent bien certes être plus ou moins étendus et offrir à l'agent des facultés décisionnelles plus ou moins variées, leur définition même ne s'en fait pas moins toujours sous le contrôle du juge de l'excès de pouvoir. Admettre le contraire serait véritablement autoriser l'Administration à se substituer au législateur dans la définition des conditions mêmes de son intervention.

(95) Cf. C.E. (Ass.), 19 novembre 1955, Lambert et Colras, Rec. 549.

Le contrôle des bases juridiques du motif respecte d'ailleurs l'éventuel pouvoir discrétionnaire administratif. Cette vérification se maintient en effet au strict niveau de l'admissibilité en droit du motif allégué. Mais une fois cette admissibilité reconnue, la question reste entière de savoir si les circonstances de l'affaire permettaient de considérer ou non ces conditions légales comme remplies : parce que le motif repose sur des considérations de principe admissibles en droit, il ne s'ensuit pas nécessairement que ces conditions aient été correctement appliquées à l'espèce.

Ce caractère exclusivement juridique de la censure de l'erreur de droit explique qu'elle soit apparue très tôt dans l'histoire de notre contentieux des motifs (96) ; l'admission à l'époque du Second Empire de l'ouverture pour « violation de la loi » devait en effet conduire naturellement le juge à examiner la correction juridique non pas simplement du dispositif mais encore des motifs de l'acte.

Mais ce qui est en revanche nouveau, et qui caractérise la jurisprudence contemporaine relative aux motifs de droit, c'est l'usage qu'en fait le juge : à travers la vérification de la justesse des fondements juridiques de l'acte, le Conseil d'Etat a su en effet imprimer des orientations décisives au régime des motifs des actes administratifs.

Le contexte dans lequel évolue ce contrôle se prête, il est vrai, particulièrement à cette participation du juge à la définition des conditions juridiques admissibles de l'action administrative.

Cela tient à ce qu'en pratique les textes laissent très souvent place à une certaine marge d'interprétation qui permettra au juge d'opter pour une conception plus ou moins restrictive des facultés offertes par telle ou telle loi de compétence. En 1947, le Président Bouffandeau notait ainsi comment dans les années 1940 « le Conseil d'Etat pouvait, ou considérer les lois de Vichy comme instituant un régime nouveau de notre droit public et leur donner une large extension, ou les regarder au contraire comme des mesures apportant des dérogations aux principes demeurés en vigueur... et interpréter restrictivement les lois édictées depuis juillet 1940 » (97).

D'autre part, une jurisprudence structurée et cohérente paraît d'autant plus nécessaire en la matière que l'analyse des divers litiges portés devant le juge témoigne amplement des lacunes, voire des désordres de ce que l'on pourrait appeler la « doctrine » de l'Administration dans la définition de l'étendue de ses pouvoirs. Traditions de service, voies de la facilité, politique du compromis, concessions aux groupes de pression, souci d'éviter les « précédents » encombrants, etc., autant de facteurs qui président à la mise en œuvre des compétences administratives et dont l'entrechoc ou la combinaison ont au moins pour résultat d'obscurcir l'esprit originel de la base légale utilisée. Le juge a justement voulu faire de cet examen l'instrument d'une disci-

(96) Cf. Introduction, paragraphe 3.

(97) Bouffandeau : « La continuité et la sauvegarde des principes du droit public français », E.D.C.E., 1947.23.

pline des conditions d'exercice des différentes compétences administratives, et ainsi a-t-il contribué à en définir la spécialité et la finalité.

Cette action du juge au niveau des « motifs admissibles » en droit est également un auxiliaire précieux de son intervention au niveau de la valeur même en l'espèce des considérations retenues par l'auteur de l'acte. Mieux précisé sera en effet le cadre de référence dans lequel l'agent doit se maintenir, et plus rationalisé et organisé pourra être le contrôle de sa mise en œuvre pratique ; et même, moins nécessaire sera parfois ce délicat examen de fond dès lors que le juge pourra plus aisément annuler l'acte au motif que les fondements qui lui ont été donnés n'étaient pas de ceux qui en permettaient a priori l'émission.

Le caractère « pédagogique » et « constructif » qu'est susceptible de revêtir cette censure de l'erreur de droit explique, aussi bien, la faveur dont le juge se plaît à l'entourer. Lorsqu'en effet plusieurs moyens d'annulation pourraient être retenus par le juge, le Conseil d'Etat paraît donner la préférence à celui tiré du vice des fondements juridiques du motif. M. Kahn le rappelait en 1969 devant l'Assemblée du Contentieux en faisant valoir que cette censure des bases juridiques de l'acte « a la portée la plus générale, et (est) donc de nature à éclairer davantage l'Administration » (98).

Les solutions jurisprudentielles en ce domaine sont forcément variées suivant les compétences en cause. Il est d'ailleurs peu de compétences qui n'aient fait l'objet de quelque mise au point du juge quant à ses conditions d'exercice.

A travers les mille et une solutions particulières des arrêts, la jurisprudence n'en met pas moins en lumière les objectifs permanents du juge et qui sont de cantonner les diverses compétences administratives autour de finalités précises et spécialement définies.

La jurisprudence de l'erreur de droit s'est ainsi orientée dans deux directions complémentaires.

Le Conseil d'Etat censure tout d'abord les motifs de droit qui dépassent les limites mêmes des pouvoirs dont disposait l'Administration. Le juge entend faire de l'habilitation légale un cadre rigoureux hors duquel il n'est pas permis à l'agent public de s'évader.

Mais il ne suffit pas que le motif donné à l'acte respecte les frontières de la loi d'habilitation. Le juge exige en outre que l'Administration assume pleinement sa compétence, et il censure pour cette raison le motif qui traduit de la part de l'Administration une conception exagérément restrictive de ses pouvoirs.

Ainsi verra-t-on la jurisprudence soucieuse de faire en sorte non seulement que les motifs de l'acte ne dépassent pas les limites de la compétence administrative (*Section I*), mais encore qu'ils ne restreignent pas non plus la portée de cette compétence (*Section II*).

(98) Concl. Kahn sous C.E. (Ass.), 12 décembre 1969, Talleyrand-Périgord, A.J.D.A., 1970.II.34.

Section I

LES MOTIFS DE DROIT NE DOIVENT PAS DEPASSER LES LIMITES DE LA COMPETENCE ADMINISTRATIVE

Cet aspect de la vérification juridictionnelle de la justesse des fondements juridiques de l'acte en est le plus classique et le plus courant. Il sanctionne les frontières extrêmes du cadre à l'intérieur duquel seulement il est permis à l'agent d'établir les motifs de sa décision, et que les agents publics ont justement trop souvent tendance à transgresser.

Cette vérification connaît d'ailleurs elle-même deux niveaux qui correspondent à deux phases successives de la réflexion de l'agent public quant aux facultés qui lui sont offertes par le droit positif pour statuer.

Le juge vérifie en effet en premier lieu si les motifs de droit de l'acte procèdent bien d'une habilitation légale elle-même valable (paragraphe 1) ; il vérifie surtout, on le verra, si ces motifs étaient bien autorisés par la loi d'habilitation pour sa propre mise en œuvre (paragraphe 2).

1) Les motifs de droit doivent procéder d'une base légale elle-même valable.

1) *Pour cela, la base légale, c'est-à-dire le « titre juridique » au nom duquel l'agent public statue doit tout d'abord naturellement exister.*

L'inexistence de la base légale à laquelle l'acte litigieux était adossé a été dénommé par MM. Auby et Drago : « défaut de base légale » (99).

En réalité, la terminologie des arrêts n'est pas très nette. Le Conseil d'Etat ne précise d'ailleurs pas toujours la nature du vice qu'il reproche à l'acte ; il lui arrive d'autre part de recourir au vocabulaire de « base légale » à propos d'erreurs portant aussi bien sur la matérialité ou sur la qualification juridique des motifs de fait (100). De son côté, M. Gazier a même donné une autre signification à cette notion de base légale dont il a fait une formule de synthèse de la régularité du motif de l'acte dans son ensemble (101). On sait enfin que

(99) Auby et Drago, *op. cit.*, n° 1185 s. — Cf. Drago : « Le défaut de base légale dans le recours pour excès de pouvoir », E.D.C.E., 1960, pp. 27 ss.

(100) Par ex. C.E., 21 janvier 1921, Joseph Sei, Rec. 75. — C.E. (S.), 9 janvier 1948, Barbedienne, Rec. 15. — C.E., 16 juin 1965, Morin, Rec. 355. — C.E., 21 juillet 1970, Boussel, Rec. 504.

(101) Gazier, art. préc., E.D.C.E., 1951, pp. 77 ss.

le « défaut de base légale » a une signification différente dans les arrêts de la Cour de Cassation où elle correspond à l'insuffisance des motifs des jugements judiciaires (102).

On réservera cependant ici l'expression « défaut de base légale » aux hypothèses décrites par MM. Auby et Drago. Ces hypothèses relèvent en effet d'une définition homogène en même temps qu'elles présentent des traits originaux au sein du contentieux des motifs de l'acte administratif.

Ainsi, selon MM. Auby et Drago, il y a « défaut de base légale » dans les cas où « le motif de droit sur lequel est fondé l'acte administratif ne peut exister, n'existe pas encore, n'existe plus ou est illégal ».

Ces hypothèses peuvent elles-mêmes être regroupées sous deux rubriques :

a) Le défaut de base légale peut tout d'abord tenir à l'inexistence matérielle pure et simple d'habilitation légale, susceptible de fonder la décision litigieuse. En dehors de la décision dénuée de tout fondement, les exemples classiques en la matière sont ceux de l'« application prématurée » d'une compétence légale, avant même son entrée en vigueur (103) ou, inversement, de la mise en œuvre d'un pouvoir dont la durée d'application était expirée (104).

b) Le défaut de base légale peut encore provenir de l'inexistence en droit, c'est-à-dire de l'illicéité du fondement donné par l'agent à son acte. Ainsi en va-t-il d'une décision individuelle prise sur la base d'un règlement lui-même annulé par le Conseil d'Etat (105) ou dont le juge constaterait l'illicéité à l'occasion du recours dirigé contre la mesure qui en fait application (106). De la même façon une décision réglementaire manque de base légale si elle prétend tirer les conséquences d'une mesure individuelle elle-même irrégulière (107).

L'originalité de ces divers cas tient en effet à ce que ce n'est pas seulement l'étendue du pouvoir administratif qui est en cause, mais, en fait, le principe même de ce pouvoir. Le défaut de base légale s'apparente d'ailleurs à une véritable « incompétence » dès lors qu'il

(102) Cf. *supra*, p. 52.

(103) C.E. (S.), 24 décembre 1943, Ratié, Rec. 305. Dès avant sa publication une base légale peut d'ailleurs être appliquée pourvu seulement que les particuliers n'en subissent point les effets avant que la publication soit accomplie : cf. C.E., 24 mai 1935, de Noblet d'Anglure, D.H., 1935.465. — V. Waline, note sous C.E. (S.), 27 mars 1936, Bonny, D.P., 1938.3.33 (not. p. 39, première colonne).

(104) C.E., 2 novembre 1945, Botton, Rec. 219; — C.E., 20 janvier 1950, commune de Tignes, Rec. 46. — C.E., 27 juin 1969, Compagnie Maritime des Chargeurs Réunis, J.C.P., 1970.II.16.493, n. Verrier. — C.E., 9 octobre 1970, Ministre de l'Équipement et du Logement c. Blanc, R.D.P., 1971.767.

(105) C.E., 18 juillet 1947, Boulaud, Rec. 325.

(106) C.E. (Ass.), 12 décembre 1969, Talleyrand-Périgord, Rec. 574, A.J.D.A., 1970.2.34, concl. Kahn.

(107) C.E., 24 février 1947, Constantini, Rec. 80.

aboutit à un empiètement sur le domaine d'une autre instance, et paraît justement parfois sanctionné à ce titre (108).

L'importance de cette méconnaissance de ses pouvoirs légaux par l'Administration explique, aussi bien, son régime strict, du moins dans l'hypothèse où il apparaîtrait qu'effectivement et en aucune manière l'acte litigieux n'était susceptible d'être juridiquement rattaché à un fondement.

C'est ainsi que le Conseil d'Etat admet de la part du requérant la critique de la légalité du règlement qui fonde un acte alors même que le délai normal de recours contentieux contre ce règlement se trouverait expiré (109) ; le requérant aura ainsi la garantie de toujours pouvoir contester la régularité de l'acte réglementaire dont l'Administration prétend lui faire application et qu'il n'aurait pas directement attaqué dans le délai, pourvu seulement qu'il soit effectivement fait application en l'espèce des dispositions irrégulières de ce règlement (110). Cette jurisprudence libérale évite, comme l'a souligné le Président Odent, « l'application indéfinie de dispositions illégales, ce qui serait contraire à l'ordre public juridique » (111) ; elle ne peut cependant concerner l'acte individuel dont la régularité est insusceptible d'être contestée devant les juridictions administratives au-delà du délai normal du recours contentieux (112).

Il peut également arriver que l'illicéité ou la disparition de fondement juridique d'un acte n'apparaisse que postérieurement à l'expiration du délai pendant lequel cet acte lui-même pouvait être attaqué. Une loi peut par exemple intervenir pour abroger rétroactivement le fondement juridique de cet acte ; en tel cas, le juge considère que cet acte d'application perd ipso facto sa validité et il le considérera « comme ayant été rapporté » (113). Des solutions identiques ont été retenues dans le cas où c'est une décision de justice qui viendrait ainsi à priver un acte de sa base juridique alors que cet acte lui-même ne pourrait plus faire l'objet d'un recours, le délai de deux mois étant expiré à son égard (114).

(108) Cf. C.E., 20 février 1970, Syndicat Force Ouvrière des personnels administratifs et technique de la préfecture des Bouches-du-Rhône, Rec. 124.

(109) Cf. Auby et Drago, *Traité préc.* n° 745. — Weil : « Les conséquences de l'annulation d'un acte administratif pour excès de pouvoir », pp. 186-187. — Cf. C.E., 29 mars 1907, dame Delpech, Rec. 279. — C.E., 21 janvier 1944, Darmon, Rec. 22. — C.E., 23 novembre 1957, Martin-Kowski, Rec. 548.

(110) Cf. C.E. (Ass.), 30 juin 1961, Groupement de défense des riverains de la route de l'Intérieur, Rec. 452. — C.E. (S.), 10 février 1967, Société des Etablissements Petitjean, Rec. 63.

(111) Odent, *cours préc.*, p. 853.

(112) Cf. C.E., 17 juillet 1950, Mathieu, Rec. 407. — Auby et Drago, *Traité préc.*, n° 745.

(113) C.E., 5 novembre 1948, Marican, Rec. 407. — V. Auby, *art. préc.*, R.D.P., 1959, pp. 446 ss.

(114) C.E., 24 juin 1935, ville d'Uzès, Rec. 708. — Cf. Auby, *art. préc.*, R.D.P., 1959, pp. 449-451. — Weil, *op. cit.*, p. 190.

Le défaut de base légale pourrait également être soulevé d'office par le biais du moyen d'« incompétence » (115).

Notons encore que le défaut de base légale peut déboucher sur les théories particulièrement sévères de l'inexistence et de la voie de fait lorsque l'acte édicté est « manifestement insusceptible d'être rattaché » à aucun pouvoir administratif (116).

Ces solutions témoignent bien de l'intérêt porté par le juge à la base juridique de l'acte telle qu'en droit on doit en considérer la validité au moment de l'édition de cet acte, compte tenu au besoin de sa perte rétroactive de validité.

On doit d'ailleurs ajouter que comme en matière de motif de fait (117), le Conseil d'Etat admet qu'une modification pourtant non rétroactive dans les fondements juridiques de l'acte peut influencer sur sa validité (118) : si l'acte individuel créateur de droit échappe à cette influence, en revanche, la disparition pour l'avenir de la base juridique d'un acte réglementaire entraîne ipso facto celle de cet acte ; cette disparition n'exige même aucune intervention propre de la part de l'Administration, elle est automatique (119). De même la jurisprudence Despujol permet-elle aux intéressés de demander à l'Administration, sous le contrôle du juge, de modifier ou d'abroger un règlement qui sans avoir perdu à proprement parler sa base légale deviendrait incompatible avec une règle de droit apparue postérieurement à son édition. Cette jurisprudence, qui n'a en fait jamais donné lieu qu'à des arrêts de rejet, a été en outre assortie comme on l'a déjà exposé, de conditions restrictives particulières lorsqu'on se trouve, suivant la formule d'ailleurs ambiguë de l'arrêt Simonnet, « en matière économique » (120).

Dans cette jurisprudence du « défaut de base légale », le juge n'en manifeste pas moins d'autre part une certaine retenue qui contribue encore à souligner l'originalité de ce vice des fondements juridiques de l'acte.

Lorsque par exemple un acte a été pris sur la base d'un règlement précédemment annulé, le juge recherche par exemple si cet acte ne se trouve pas suffisamment fondé par la loi dont le règlement annulé se trouvait lui-même être l'application (121).

De même, on a déjà pu voir comment le juge ne procédait à cette censure qu'autant que l'erreur commise ou en tout cas exprimée dans les motifs de l'acte avait effectivement constitué chez l'agent une erreur de fond ; s'il s'agit d'une erreur qu'il considère comme simplement ma-

(115) Cf. par ex. C.E., 23 décembre 1941, Société « La Brasserie de Vézelize, Moreau et Cie », Rec. 240.

(116) Cf. C.E., 18 novembre 1949, Carlier, R.D.P., 1950.181. — T.C., 27 juin 1966, Guignon c. Ministre des Armées, D. 1968.J.7, note Douence.

(117) Cf. *supra*, p. 146.

(118) Cf. Auby, art. préc., R.D.P., 1959, p. 431, notamment pp. 447 ss.

(119) C.E. (S.), 11 janvier 1957, Delprat, Rec. 25.

(120) Cf. C.E. (Ass.), 10 janvier 1964, Ministre de l'Agriculture c. Simonnet, préc., note 41.

(121) C.E., 19 mars 1948, dame de Saint-Trivier, Rec. 140.

térielle, il refuse d'en tenir compte et rectifie alors le véritable fondement sur lequel la décision attaquée doit, dit-il parfois, être réputée intervenue (122).

Enfin, la base légale constitue, on l'a également vu plus haut, la seule région de l'acte où le juge accepte de pratiquer des substitutions de motif alors même que l'erreur commise serait vraiment une erreur de fond et alors même qu'on ne se trouvait pas dans un cas de compétence liée rendant obligatoire légalement l'émission de l'acte incriminé (123).

2) *Pour être valablement mise en œuvre, la base légale de l'acte ne doit d'ailleurs pas seulement « exister », mais encore être susceptible de recevoir application dans l'espèce envisagée.*

Ce vice est celui de la méconnaissance par les motifs de droit de l'acte du « champ d'application » de la loi (124).

Cette méconnaissance du champ d'application de la loi intervient le plus souvent lorsque les destinataires de l'acte n'entraient pas en tant que tels dans les catégories de personnes à l'égard desquelles la compétence avait été instituée. Le cas le plus classique à cet égard est celui des décisions prises en application du Statut de la Fonction Publique vis-à-vis de personnes qui n'y étaient en fait pas assujetties : le Conseil d'Etat censurera par exemple la sanction prise à l'égard d'un fonctionnaire décédé et dont les effets pécuniaires lésaient ses ayant-droit (125) ; il a également annulé sur cette base des mesures prises au titre de l'Ordonnance du 14 novembre 1944 dès lors que leurs destinataires avaient été mis préalablement à la retraite (126). Un autre exemple classique est celui de la méconnaissance par l'Administration d'une loi d'amnistie qui aurait modifié le champ d'application de ses pouvoirs répressifs (127).

Il y aura encore méconnaissance du champ d'application de la loi à faire usage d'une compétence à l'égard de situations, d'opérations ou d'activités qui en aucun cas ne pouvaient être concernés par cette compétence. Dans un arrêt de 1936, par exemple, le Conseil d'Etat constatait que la location de fonds de commerce « n'entrait pas dans le champ d'application de la loi » sur l'imposition des locaux meublés, ce qui avait nécessairement pour effet de vicier l'acte qui prétendait leur imposer cette taxe (128). La censure sera prononcée aussi bien si la mesure litigieuse prétend appliquer un règlement qui lui-même modi-

(122) Cf. *supra*, première partie, titre II, chapitre 1.

(123) Cf. *supra*, première partie, titre II, chapitre 1, section II.

(124) Auby et Drago, *op. cit.*, n° 1183 s.

(125) Par ex. C.E., 23 mai 1947, dame veuve Mesmer, Rec. 218. — C.E. (S.), 31 janvier 1964, Ministre des Affaires Etrangères c. Berger, Rec. 72.

(126) C.E. (S.), 29 avril 1949, Poussier, Rec. 190. — V. aussi C.E., 6 février 1948, Jacquemot, Rec. 59.

(127) C.E., 22 janvier 1959, Rey, Rec. 59. — A.J.D.A., 1960.II.54, concl. Fournier.

(128) C.E., 6 avril 1936, Société Rox et Cie, Rec. 457. — Cf. aussi C.E. (S.), 30 novembre 1962, Compagnie de Développement Agricole et Industriel, Rec. 446. — C.E. (S.), 22 avril 1966, Société Union Africaine de Presse, Rec. 276. — J.C.P., 1966.II.805, concl. Galmot, note Drago.

fierait le champ d'application de la loi (129). A plus forte raison une circulaire ne saurait-elle attenter au champ d'application d'une loi.

Semblable vice des motifs de droit de l'acte est plus subtil que celui tiré du défaut proprement dit de base légale : c'est, en effet, la portée et non plus simplement l'existence du titre juridique mis en œuvre qui est en cause.

Aussi bien le juge sera-t-il souvent appelé à interpréter les termes de la loi chaque fois que ceux-ci ne suffisent pas à rendre compte clairement de son champ d'application. Cette interprétation est même souvent délicate par exemple en matière de lois fiscales, économiques ou sociales qui donnent justement lieu à de nombreux différends relatifs à leur champ d'application.

Dans cette détermination, le juge se réfère volontiers, comme en d'autres matières, à l'intention supposée du législateur telle qu'elle résulte des « travaux préparatoires » de la loi (130). Certaines espèces donnent cependant lieu à des procédés d'interprétation moins classiques : on a vu par exemple le Conseil d'Etat se référer en 1965 aux « événements de l'époque et aux circonstances locales » pour déterminer le champ d'application d'une Décision du Président de la République prise en vertu de l'article 16 et autorisant la saisie ou l'interdiction des écrits « qui diffuseraient des informations secrètes d'ordre militaire ou administratif » (131) ; de son côté, le Commissaire du Gouvernement Kahn n'hésitait pas à évoquer les travaux préparatoires d'une loi de 1921 dans sa recherche du champ d'application d'une loi de 1941 ; il constatait en effet que cette loi de 1941 n'était que « la reproduction littérale » de celle de 1921 en ce qui concernait les dispositions dont le juge avait à vérifier la juste application (132).

S'il est relativement difficile de déterminer le champ d'application correct d'une loi, le juge n'en entend pas moins censurer très sévèrement sa méconnaissance.

C'est ainsi que la jurisprudence a été amenée à en faire un moyen d'ordre public (133) ; il s'agit même en pratique d'un des principaux moyens d'ordre public que connaisse la jurisprudence du Conseil d'Etat.

Le Commissaire du Gouvernement Bernard en a défendu en 1958 le principe au moins pour certaines hypothèses : il faisait en effet valoir que le plus souvent le juge ne peut statuer sur la requête qui lui a été déférée sans faire lui-même d'une façon ou d'une autre application de la loi en vertu de laquelle cet acte a été pris ; si donc le juge ne

(129) Par ex. C.E. (Ass.), 12 décembre 1969, Talleyrand-Périgord, Rec. A.J.D.A., 1970.II.34, concl. Kahn.

(130) Par ex. C.E., 6 avril 1936, Société Rox et Cie, Rec. 457 et aussi C.E. (S.), 5 mai 1962, dame veuve Duhal, Rec. 347.

(131) C.E. (Ass.), 22 avril 1966, Société Union Africaine de Presse, J.C.P., 1966. II.14.805, concl. Galmot, n. Drago.

(132) Concl. Kahn sous C.E. (Ass.), 12 décembre 1969, Talleyrand-Périgord, A.J.D.A., 1970.II.34.

(133) Cf. Auby et Drago, *op. cit.*, n° 1183. — Odent, cours préc., 1970-1971, pp. 952 ss.

veut pas lui-même méconnaître la portée de la loi, il lui faut bien soulever d'office le moyen tiré de sa méconnaissance et de son inapplicabilité (134).

Telle était déjà la solution retenue en 1934 dans l'affaire Lestang : un fonctionnaire se plaignait d'avoir obtenue une pension insuffisante ; le juge devait alors constater qu'en réalité il n'avait aucun droit à cette pension (135).

Plus généralement, il apparaît d'ailleurs que le Conseil d'Etat relève un moyen tiré de la méconnaissance du champ d'application de la loi chaque fois qu'en n'y procédant pas, son arrêt pourrait laisser subsister une incertitude sur le champ d'application, et qu'il convient donc de faire ressortir sa méconnaissance « de façon éclatante » (136).

Les considérations d'ordre strictement juridiques sont donc en fait prédominantes dans le statut contentieux original dont le juge a doté la critique de la méconnaissance par l'acte du champ d'application de la loi. Il ne faut cependant pas négliger la valeur libérale de cette jurisprudence pour les cas où, comme l'observent MM. Auby et Drago, « en raison de la difficulté de la matière (les requérants), ne pouvaient se rendre compte de la méconnaissance du champ d'application de la loi commise par l'Administration » dans l'édition d'un acte dont la portée leur était défavorable (137).

Ce défaut de base légale et la méconnaissance par l'acte du champ d'application de la loi demeurent tout de même en pratique relativement exceptionnelles.

Le plus souvent, les critiques du requérant portent en effet davantage sur le contenu des considérations que l'agent était en droit de retenir pour statuer au titre de sa base légale.

Dans son examen du respect par l'acte des frontières de la compétence administrative le juge vérifie alors si les motifs de droit de l'acte ne traduisent pas de la part de l'agent une conception exagérément extensive des pouvoirs de statuer qui lui avaient été conférés par la loi d'habilitation.

2) Les motifs de droit doivent respecter les frontières de l'habilitation légale.

Un inspecteur du Travail refuse par exemple des autorisations de licenciements à une entreprise en invoquant sa volonté de lutter contre le chômage.

Le problème est de savoir si « de tels motifs sont au nombre de ceux qui peuvent légalement justifier le refus critiqué », ou si, au con-

(134) A. Bernard, concl. sous C.E. (S.), 21 mars 1958, Delteil, Rec. 189, et aussi Rougevin-Baville, concl. sous C.E. (S.), 19 janvier 1973, Société civile immobilière « Résidence Maïtagarrie », Rec. 52 (notamment pp. 62 ss.).

(135) C.E., 3 janvier 1934, Lestang, Rec. 17.

(136) Concl. Long sous C.E. (S.), 11 mai 1956, Société Gondrand Frères, A.J.D.A., 1956.2.247.

(137) Auby et Drago, Traité préc., n° 1183.

traire, l'inspecteur du Travail n'a pas à tort élargi la portée de son pouvoir pour refuser cette autorisation (138).

Ce type de vérification est essentiel. C'est d'ailleurs incontestablement par elle qu'en pratique le juge parvient à sanctionner avec le plus d'efficacité et le plus de précision la finalité spéciale dans laquelle il entend cantonner chaque compétence administrative. C'est également à ce niveau que sa participation à la définition des conditions juridiques du bien-fondé de l'acte administratif est la plus frappante.

Certes, l'énoncé légal lui-même des catégories de motifs admissibles fournit en principe au juge les moyens de sa vérification. Dès le XIX^e siècle, le juge censura d'ailleurs pour fausse application de la loi les actes dont les motifs n'entraient pas, justement, « dans les catégories déterminées par la loi » (139) ; aujourd'hui encore, le mode normal de la censure de l'erreur de droit passe par une confrontation directe entre les types de motifs retenus et les « conditions » définies par la loi de compétence.

En pratique, cependant, les « termes » de la loi ne suffisent pas forcément à la détermination par le juge des catégories de motifs admissibles.

1) *Le juge peut ainsi avoir à interpréter la portée de l'énoncé des conditions légales.*

La question peut par exemple se poser de savoir si les catégories de conditions posées par la loi à l'exercice de telle compétence sont absolument les seules dont l'agent puisse légitimement tenir compte.

Dans cette détermination, le juge prendra naturellement en considération la nature même de la terminologie retenue par la loi. Si les catégories de motifs admissibles y sont énoncés avec précision et rigueur, le juge aura tendance à y voir une énumération limitative, comme par exemple en matière d'autorisation de cumuls d'exploitation rurales (140). Si par contre ces catégories demeurent vagues et d'ordre assez général, le Conseil d'Etat préférera y voir une énumération simplement indicative, sauf à déduire de l'énoncé légal l'esprit général qui doit animer les motifs susceptibles de justifier légalement l'exercice de la compétence en cause ; ainsi, dans l'arrêt Daudens de 1968, le Conseil d'Etat a considéré que « l'énumération des motifs pour lesquels des dérogations peuvent être accordées (à un plan d'urbanisme) ne présente pas un caractère limitatif », mais que « l'autorité administrative ne saurait toutefois user de la faculté qui lui est légalement reconnue que pour des motifs tirés de la législation de l'urbanisme » (141).

(138) C.E., 2 mai 1962, Reignier, Rec. 293.

(139) Cf. C.E., 6 février 1874, Honnau, Rec. 119, *supra*, p. 26.

(140) C.E. (S.), 14 novembre 1969, Houdebert, A.J.D.A., 1970.II.288, Rec. 502. — C.E., 18 janvier 1969, époux Barellier, Rec. 314. — C.E., 22 mai 1974, Doal, Rec. (Tab.), 849.

(141) C.E., 10 janvier 1968, Daudens, Rec. 24, A.J.D.A., 68.11.297.

A moins que la loi ne souligne très précisément le caractère « exclusif » des conditions qu'elle met à sa mise en œuvre, le juge dispose en fait pratiquement toujours d'une certaine marge de manœuvre dans la reconnaissance du caractère limitatif ou simplement indicatif de ces conditions. En ce qui concerne l'accès aux concours d'entrée à la Fonction Publique, le juge aurait ainsi fort bien pu déduire du principe de l'égalité d'admissibilité que l'autorité administrative ne pourrait refuser l'inscription pour des motifs autres que ceux tirés des conditions définies à cet égard par la loi. Des obligations propres, à la Fonction Publique, il a cependant préféré déduire le droit pour le Ministre d'apprécier dans l'intérêt du service les « garanties » présentées par les candidats demandant à s'inscrire à tel concours administratif, qu'il s'agisse de celui d'agrégation, comme dans l'arrêt Bouteyre (142), ou de celui de l'E.N.A., comme l'Assemblée du Contentieux l'a admis à l'occasion de l'affaire Barel (143).

Dans le même esprit, le Conseil d'Etat tend à considérer que la mise en œuvre de telle compétence particulière se ressent des pouvoirs généraux dont dispose l'Administration pour réglementer la matière concernée : ainsi, bien qu'un décret ait fixé les conditions d'ordre technique à l'autorisation administrative des centres d'insémination artificielle il a jugé que le Ministre pouvait tout de même refuser l'attribution de cette autorisation « à des personnes qui remplissent les conditions précisées au décret », ce refus pouvant alors se fonder sur « des motifs tirés de l'intérêt général et en application des pouvoirs qui lui sont dévolus (et) qui limitent (déjà) en la matière l'exercice de la liberté du commerce et de l'industrie » (144).

L'élargissement des motifs susceptibles de justifier un acte permet également d'assouplir l'exercice de certaines compétences ; ainsi le Conseil d'Etat a-t-il admis que des « motifs d'intérêt général » pouvaient en tout état de cause justifier un refus d'autorisation de licenciement d'un délégué du personnel ou d'un autre salarié investi d'une fonction représentative (145). De telles solutions aident l'Administration à mieux assurer la défense des intérêts publics et divers dont elle a la garde, et qui n'ont pas forcément pu être tous expressément évoqués dans la loi de compétence ; les intérêts individuels peuvent d'ailleurs aussi y trouver des avantages. Il reste que le droit, et les administrés ont tout à gagner à une définition précise des cas et des causes pour lesquelles l'Administration peut agir.

En tout cas, que leur énumération soit ou non limitative, les conditions légales à l'exercice de la compétence appellent en outre souvent une interprétation qui contribuera aussi à élargir ou au contraire

(142) C.E., 10 mai 1912, Bouteyre, Rec. 553, concl. Heilbronner.

(143) Cf. aussi C.E., 6 avril 1973, Jacques, Rec. 288.

(144) C.E., 14 février 1968, Ministre de l'Agriculture c. Delory et Declercq, Rec. 112.

(145) Cf. C.E. (Ass.), 29 mars 1968, Manufacture française des pneumatiques Michelin, Rec. 214, concl. Vught, A.J.D.A., 1968.341 et 335, chr. Massot et Dewost. — C.E. (Ass.), 4 mai 1976, Safer d'Auvergne c. Bernette, A.J.D.A., 1976.328 et 304, chr. Mme Nauwelaers et Fabius.

à restreindre davantage le contenu effectif des motifs susceptibles de justifier sa mise en œuvre.

On retrouve alors tous les modes classiques d'interprétation des textes obscurs par le Conseil d'Etat (146) : recours aux travaux-préparatoires, économie générale du texte... A travers son interprétation, le juge paraît d'ailleurs principalement soucieux de tenir compte de l'esprit même de la compétence administrative concernée ; il aura ainsi tendance à interpréter restrictivement les textes qui instituent des pouvoirs dont le contenu est déjà dérogoire au droit commun et aux principes traditionnels de la matière concernée (147) ; il arrive cependant qu'il interprète extensivement ce type de pouvoir, même s'il est apparemment de type exceptionnel, dès lors que la volonté de l'instituteur de la compétence lui semble aller incontestablement dans le sens d'une très large portée. Une Décision du Président de la République, prise en vertu de l'article 16 permettait ainsi la mise en congé spécial de fonctionnaires de police « eu égard aux circonstances ayant justifié la mise en œuvre de l'article 16 ». Contrairement aux conclusions de son Commissaire du Gouvernement, M. Kahn, que l'Assemblée du Contentieux jugea que cette décision pouvait être appliquée à un agent pour des motifs tirés « non (de) son comportement à l'époque ou à l'occasion des événements ayant entraîné la mise en application de l'article 16 de la Constitution, mais (d') une appréciation générale de sa manière de servir et de ses capacités professionnelles », compte tenu en effet de ce qu'en tel cas cet agent pouvait « ne pas présenter les garanties suffisantes pour faire face, le cas échéant, à des troubles de même nature que ceux qui ont affecté l'ordre public au cours du mois d'avril 1961 » (148).

2) *Le juge supplée d'autre part à l'insuffisance de l'énoncé légal.*

Au XIX^e siècle, le juge considérait généralement qu'une loi silencieuse ou évasive quant aux conditions de sa mise en œuvre pouvait dès lors être appliquée sur la base de n'importe quel type de motif. On se souvient qu'en 1879, le Conseil d'Etat en était ainsi venu à juger qu'« aucune disposition de la loi ne limitant les cas ni ne déterminant les motifs de son application », l'usage qui en avait pu être fait ne pouvait être critiqué devant lui « quelles que soient les causes qui l'ont déterminé » (149). Le juge admettait alors seulement dans certains cas que ces « causes » fussent examinées comme méconnaissant la finalité d'intérêt général à laquelle toute compétence administrative est subordonnée ; telle était en effet la portée de l'« ouverture » du détournement de pouvoir, d'ailleurs elle-même rigoureusement conditionnée dans sa mise en œuvre (150).

(146) Odent, cours préc., pp. 336 ss.

(147) Par ex. C.E. (S.), 12 décembre 1952, Maire, Rec. 576, C.E. (S.), 22 novembre 1963, Sichel, Rec. 570.

(148) C.E. (Ass.), 13 juillet 1965, Gauthier, Rec. 436, A.J.D.A., 1965.II.466, chr. Puybasset et Puissochet.

(149) Cf. C.E., 28 novembre 1879, de Laage et autres, S. 1881.3.20. — Cf. *supra*, Introduction.

(150) Cf. *supra*, Introduction.

Le contentieux moderne s'est fondé sur des principes plus sévères. Depuis le début du siècle, c'est même de façon systématique que le juge participe à la définition des catégories de motifs susceptibles d'être retenus par un agent public dans l'exercice de ses pouvoirs, quand bien même la loi demeurerait muette à cet égard.

a) Au laxisme des textes, le juge oppose tout d'abord les règles générales qui doivent selon lui logiquement conditionner la mise en œuvre de tout pouvoir administratif.

C'est ainsi que la censure du « détournement de pouvoir » fait désormais partie du « contrôle minimum » dont relèvent les motifs de tout acte administratif. Suivant la formule de l'arrêt Pagès de 1901, il est en effet admis que « l'Administration ne doit se décider que pour des motifs d'intérêt général » (151) : cela exclut, on l'a déjà vu, les motifs d'ordre privé, financier ou politique (152) ; de même le Conseil d'Etat n'admet-il pas que l'édiction d'un règlement n'ait d'autre finalité que de régler un cas individuel (153), ou encore que l'acte litigieux tende à faire indirectement échec à la chose jugée en droit (154). On rappellera seulement la prudence du juge dans sa censure de semblables considérations lorsque l'acte ainsi en cause présente toutes les apparences du bien-fondé (155). Cette forme de contrôle a, il est vrai, perdu de façon générale une partie de son intérêt dans la mesure où le conditionnement légal des compétences administratives va désormais presque toujours bien au-delà de cette exigence de la poursuite d'un but d'intérêt général. Il ne faut pas cependant oublier que c'est par le biais de cette règle du motif d'intérêt général que le Conseil d'Etat a pu introduire, dès la seconde moitié du XIX^e siècle, un premier examen des motifs des actes administratifs.

Le juge devait également très tôt refuser d'admettre la validité d'un acte fondé sur le motif que le destinataire de l'acte n'avait pas souscrit à des conditions qui étaient en réalité illégales : en 1914, par exemple, le Conseil d'Etat censurait le refus de l'Administration de retenir une soumission pour adjudication fondé sur le motif que le soumissionnaire n'avait pas accepté certaine clause du marché, laquelle clause était en fait illégale (156).

Dans le même esprit, le Conseil d'Etat a encore censuré dès le début du siècle l'acte dont les motifs impliquaient une appréciation qu'en réalité seule une autre autorité était en droit de porter. Tel était déjà, aussi bien, le cas dans la fameuse affaire Grazietti de 1902 où

(151) C.E., 22 mars 1901, Pagès, S. 1903.3.73, note Hauriou.

(152) Par ex. C.E., 26 octobre 1960, Rioux, Rec. 558, concl. Chardeau et C.E., 22 mars 1961, Enard, Rec. 202. Notons d'ailleurs que parfois le juge censure des détournements de pouvoir en parlant simplement de motifs « erronés en droit » (par ex. C.E. (Ass.), 28 mai 1954, Barel, préc.).

(153) C.E. (Ass.), 27 mars 1936, Bonny, D.P., 1938.3.34, concl. Renaudin, note Waline.

(154) C.E. (Ass.), 13 juillet 1962, Bréart de Boisanger, Rec. 584, préc.

(155) Cf. *supra*, première partie, titre II, chapitre 2.

(156) C.E., 15 mai 1914, Ducret, Dodivers et Rambaud, Rec. 606.

le Conseil d'Etat devait reprocher à l'auteur d'un décret de dissolution de Conseil municipal d'avoir fondé sa décision sur des motifs tirés d'un vice des élections que seul le juge de l'élection était en droit de constater et de réprimer (157). De même, dans l'arrêt Poncin de 1963 le Conseil d'Etat jugea que « le Ministre ne pouvait refuser d'admettre un candidat à concourir sur un motif tiré d'une qualification insuffisante de l'intéressé » dans la mesure où il revenait légalement « au seul jury d'apprécier les candidats qui apparaissaient les mieux qualifiés » (158). Par de tels motifs, les agents publics élargissent en effet indûment leur compétence ; aussi bien Hauriou n'hésitait-il pas à y voir, à l'occasion de l'arrêt Grazietti, « non plus simplement un excès de pouvoir, mais une usurpation de pouvoir » que le silence de la loi ne devait dès lors pas empêcher de censurer.

Une autre limitation d'ordre général à l'étendue des motifs admissibles, même en cas de silence de la loi, est relative aux motifs contradictoires, soit que les différents motifs donnés à l'acte se contredisent mutuellement, soit qu'ils soient contradictoires avec le contenu du dispositif édicté : l'arrêt Yana de 1968 annule par exemple la décision par laquelle « le Ministre a refusé (au requérant) un poste auquel il lui reconnaissait (simultanément) le droit d'être nommé » (159).

Ces solutions sont la traduction de principes de bon sens et de raison. Pas davantage que le juge n'admet l'acte sans motif, il ne saurait tolérer l'acte reposant sur des motifs illogiques.

Les hypothèses de contradiction de motif demeurent cependant (et heureusement) rares ; on a d'ailleurs déjà vu que le juge refusait de tenir compte d'une apparente contradiction de motifs qui ne résulterait en réalité que d'une « simple erreur de plume » (161).

b) Au laxisme du conditionnement légal, voire à son inexistence, le juge oppose surtout les exigences propres à la compétence en cause, et qui tiennent tant à sa nature qu'à sa finalité. L'arrêt Durand de 1950 en fournit une belle illustration en soulignant que l'attribution à l'Administration des « pouvoirs les plus larges » ne l'autorise pas pour autant à fonder sa décision sur « des motifs qui ne seraient pas conformes à l'objet et au but de la loi » (162). Dans le même esprit, le Commissaire du Gouvernement Léonard soulignait dans ses conclusions

(157) C.E., 30 janvier 1902, Grazietti, S. 1903.3.113. — Cf. *supra*, p. 32.

(158) C.E., 18 mars 1963, Poncin, Rec. 178. — Cf. aussi C.E. (S.), 8 octobre 1965, Marfaing, Rec. 487, concl. Bernard.

(159) C.E., 13 juillet 1968, Yana, Rec. 437, A.J.D.A., 1969.2.293, obs. Peiser. Semblable contradiction de motifs pourrait aussi bien aider à reconnaître en outre l'existence d'un détournement de pouvoir : T.A. Rennes, 22 novembre 1972, Diraison, Rec. 930.

(161) C.E. (S.), 28 mars 1958, Caisse de commerce et d'industrie des Alpes-Mari-times, Rec. 140.

(162) C.E. (S.), 29 avril 1950, Durand, Rec. 204.

à l'affaire Tabouret en 1943 que « la compétence d'un agent est toujours subordonnée au but en vue duquel elle lui a été attribuée » (163).

Par cette forme de raisonnement, le juge en vient alors véritablement à définir lui-même, on peut même dire à la place du législateur, les conditions précises auxquelles est subordonnée la mise en œuvre de telle compétence administrative.

Le Conseil d'Etat a commencé dans cette perspective par concrétiser au regard de la compétence concernée le contenu de la « directive » d'intérêt général qu'on lui a vu imposer à la mise en œuvre de tout pouvoir administratif. Ainsi, l'arrêt Pagès précisait déjà en 1901, que les motifs d'intérêt public pour lesquels seule l'Administration pouvait refuser une autorisation de captage d'eaux devaient être des intérêts « tels que la nécessité de prévenir des inondations, de conserver aux eaux leur écoulement naturel, d'assurer la salubrité publique, ou l'exécution des règlements en vigueur » (164). Depuis ses arrêts de 1913 et 1921, le Conseil d'Etat devait de même progressivement définir quels types plus précis d'intérêt public pouvaient légitimement être pris en considération par l'Administration à l'appui de son refus d'octroi d'une permission de voirie lorsque cette permission correspond à un usage anormal du domaine public (165).

Au nom de leur objet et de leur esprit, certaines compétences administratives touchant de près aux intérêts et aux droits des individus, ont d'ailleurs été prétoriennement soumises à des conditions plus strictes encore, à telle enseigne qu'on a pu parler parfois à cet égard de « pouvoir lié jurisprudentiel » (166).

Le Conseil d'Etat devait ainsi préciser le caractère nécessairement exceptionnel des interventions de police, et singulièrement de la police municipale. En même temps en effet que sa jurisprudence précisait la condition de réelle « nécessité » pour que ces interventions soient admissibles et qu'elle en venait à contrôler de très près la justification concrète de la mesure prise, le Conseil d'Etat s'efforçait de donner une interprétation assez restrictive de l'« ordre public » au nom duquel seul l'autorité municipale peut intervenir, en excluant au moins a priori l'ordre public esthétique, social ou économique (167).

Un des cas les plus caractéristiques de définition purement jurisprudentielle des motifs admissibles est sans doute celui des décrets de dissolution de conseils municipaux. La loi du 5 avril 1884 ne soumettait en effet ces décrets qu'à des conditions de forme, dont, il est vrai, la condition de motivation expresse ; aussi bien de ce silence de la loi

(163) Concl. Léonard, sous C.E. (Ass.), 9 juillet 1943, Tabouret et Laroche, S. 1944.3.16.

(164) C.E., 22 mars 1901, Pagès, préc.

(165) Auby et Ducos-Ader : « Droit administratif », Dalloz, n° 241 s.

(166) De Laubadère : « Traité élémentaire », t. 1, p. 228.

(167) Cf. C.E., 19 février 1909, Olivier, Rec. 182, concl. Chardenet, et D. 1910. 3.123, et cf. Bon : « La police municipale », thèse, Bordeaux, 1975, pp. 163 ss. — Auby : « Limitation de vitesse et circulation des véhicules routiers », chr. sous C.E., 25 juillet 1975, Chaigneau, R.D.P., 1976, p. 342.

quant aux conditions de fond de sa mise en œuvre le juge devait-il déduire jusqu'en 1902 une liberté totale de choix par le gouvernement des motifs de ces décrets. L'arrêt Grazietti, le premier, admit une critique de leurs motifs et posa quelques limites fondamentales au pouvoir du Président de la République en la matière.

A partir de 1910, le Conseil d'Etat se décida enfin à « créer » les conditions juridiques à l'exercice du pouvoir gouvernemental de dissolution des conseils municipaux : il est désormais précisé dans ses arrêts que le Gouvernement ne peut décider de dissolution de l'Assemblée municipale que « dans l'intérêt du bon fonctionnement de ce conseil » (168). La formule, éclairée par les applications jurisprudentielles qui en ont été faites ultérieurement, est tout-à-fait révélatrice de la « fonction » ainsi reconnue par le Conseil d'Etat au droit de dissolution gouvernemental sur les conseils municipaux. Le principe des libertés locales, le caractère électif des conseils municipaux l'ont en effet conduit à n'attribuer à la dissolution qu'un rôle subsidiaire, destiné à permettre un renouvellement d'un Conseil effectivement incapable d'assumer ses responsabilités légales. Suivant la formule du Commissaire Guionin à l'occasion de l'affaire Thibault de 1952, la dissolution ne doit en effet être considérée que comme « un remède aux situations inextricables » (169). Aussi bien le juge exige-t-il que le mauvais fonctionnement du Conseil soit grave, de sorte qu'à la limite « la gestion administrative ne pouvait plus être assurée » (170). La dissolution doit d'autre part être le seul moyen de résoudre la crise municipale en cause : l'arrêt Martin de 1931 interdit par exemple de dissoudre un conseil municipal en vue de faire prévaloir la volonté du maire sur celle du Conseil car le maire doit légalement exécuter les décisions du conseil et non point le contrecarrer (171).

C'est également de façon purement prétorienne que le Conseil d'Etat a dégagé dans les trente premières années du siècle les conditions auxquelles devaient être soumises les interventions économiques et sociales des collectivités locales dont il a voulu, au nom des principes du libéralisme économique, qu'elles demeurent exceptionnelles (172).

L'octroi aux autorités administratives de nouveaux pouvoirs exorbitants, dans la période des années 1940, a également bien mis en lumière la volonté du juge de participer directement à la définition du conditionnement légal des compétences administratives chaque fois que des principes fondamentaux de notre droit public étaient en cause.

(168) C.E., 11 novembre 1911, *Le Cocq du Tertre*, Rec. 1048. — C.E., 27 mars 1914, *Hugot*, Rec. 319.

(169) *Concl. sous C.E. (S.)*, 25 juillet 1952, *Thibault*, Rec. 394.

(170) C.E., 7 décembre 1964, *Rosan Girard*, Rec. 625. — C.E., 22 janvier 1964, *Fru-teau*, Rec. 31. — Cf. *Madiot* : « La dissolution des Conseils municipaux », *R.D.P.*, 1974, 373.

(171) C.E., 24 décembre 1931, *Martin*, Rec. 1163. — *V. concl. Guionin, préc.*

(172) Cf. C.E., 29 mars 1901, *Casanova*, Rec. 333, S. 1901.3.73, n. Hauriou, *Gr. Ar.* n° 8, p. 35, et C.E., 30 mai 1930, *Chambre syndicale du Commerce en détail de Nevers*, S. 1931.3.73, *concl. Josse, note Alibert*.

La loi du 16 novembre 1940 avait établi par exemple la règle suivant laquelle « pour être valables les mutations entre vifs de propriété doivent être autorisées par le préfet ». Dès qu'un contentieux apparut autour de ces autorisations préfectorales, le Conseil d'Etat prit conscience du dilemme qui se posait à lui : ou bien il reconnaissait au préfet une liberté totale dans le choix de ses motifs d'autorisation, et surtout de refus d'autorisation, mais alors il conférerait à l'Administration les moyens d'exercer une maîtrise totale sur les transactions immobilières, ce qui rompait trop avec toutes nos traditions juridiques pourqu'on n'attende pas du législateur qu'il soit plus explicite à ce sujet. Ou bien le juge reconnaissait que ce pouvoir d'autorisation ne pouvait avoir qu'une finalité particulière, mais il fallait alors qu'il fixe lui-même la portée plus précise de cette compétence. C'est en ce dernier sens que le Conseil d'Etat se prononça en 1943, dans l'affaire Tabouret et Laroche, conformément aux conclusions de M. Léonard. Ce dernier fit en effet valoir que l'abandon total du principe de liberté des transactions immobilières ne pouvait « se déduire du seul silence de la loi » ; à l'appui de la reconnaissance d'une finalité spéciale à la loi du 16 novembre, il invoquait d'ailleurs d'autres indices : la façon même dont la loi avait été élaborée, le contenu de ses premières mesures d'application conduisaient en effet, selon le Commissaire du Gouvernement, à y voir « une simple loi de police soucieuse d'éviter les spéculations et les abus » (173). L'arrêt Tabouret et Laroche devait ainsi refuser d'admettre un motif tiré de préoccupations sociales ; et l'Assemblée du Contentieux précisera effectivement un peu plus tard que « par la loi du 16 novembre 1940... le législateur a seulement entendu éviter les spéculations portant sur ces biens ou leur accaparement » (174) ; le cantonnement de la loi était définitivement réalisé.

Dans le même esprit, le Conseil prit sur lui d'interpréter restrictivement la loi du 7 juillet 1940 aux termes de laquelle « les agents civils et militaires de l'Etat peuvent être relevés de leurs fonctions nonobstant toute disposition législative ou réglementaire, par décret, sur le seul rapport du Ministre compétent et sans autre formalité ». Dès 1942, l'Assemblée du Contentieux précisait quel était selon elle l'« objet » de cette loi en la canalisant vers l'éviction des seuls agents « dont le maintien en fonction paraît, en raison de leur comportement général, incompatible avec les exigences de l'intérêt public » (175), la formule demeurait certes d'ordre assez général, elle permit néanmoins au Conseil de censurer par exemple le recours du Gouvernement à ces pouvoirs légalement exceptionnels vis-à-vis d'agents coupables de fautes qui ne relevaient que du pouvoir disciplinaire ordinaire (176).

(173) Concl. Léonard sous C.E. (Ass.), 9 juillet 1943, Tabouret et Laroche, S. 1944.3.16, *Gaz. Pal.*, 1943.II.65.

(174) C.E. (Ass.), 28 juillet 1944, dame Constantin, S. 44.3.56, D. 1945.164, n. Morange.

(175) C.E. (Ass.), 24 juillet 1942, Piron, S. 43.3.1, concl. Segallat, n. Mestre.

(176) C.E. (Ass.), 23 juillet 1943, Chapelle, D.C. 1944.J.99, n. Morange.

Cette politique jurisprudentielle de cantonnement des compétences les plus exorbitantes possédées par l'Administration sans que la loi en ait précisément défini le régime a incontestablement servi la cohérence de notre système juridique.

On ne saurait pour autant méconnaître ses difficultés de mise en œuvre.

La difficulté la plus évidente tient à la méthode même par laquelle le juge dégagera l'« esprit » et l'« objet » de la loi. Les conclusions du Commissaire du Gouvernement révèlent à cet égard l'extrême subtilité de la recherche de la « volonté implicite », trop implicite... du législateur.

Section II

LES MOTIFS DE DROIT NE DOIVENT PAS RESTREINDRE LA PORTEE DE LA COMPETENCE ADMINISTRATIVE

L'Administration, on vient de le voir, excède naturellement ses pouvoirs en étendant de son chef les cas dans lesquels elle serait en droit d'user de sa compétence légale.

Mais elle méconnaît en vérité tout autant ses pouvoirs en en restreignant indûment la portée.

Il arrive en effet qu'un agent public se fasse, volontairement ou non d'ailleurs, une conception exagérément restrictive de ses pouvoirs et qu'il renonce à réaliser certaines appréciations ou analyses qui entraient dans sa compétence. En tel cas, on peut dire, comme l'a écrit M. Goldenberg, que l'Administration « sous-estime » ses pouvoirs (177).

Il y a là une « erreur de droit » dont l'effet dommageable spécifique mérite d'être souligné : elle aboutit en effet à priver certaines personnes ou certaines situations d'un examen effectif et complet de la part de l'Administration. De ce fait, la loi risque de ne pas leur être appliquée alors qu'elle aurait pu l'être s'il avait été procédé à ces analyses prévues par la loi ; ou bien elle risque de ne pas l'être de la façon dont elle aurait éventuellement pu l'être si l'Administration avait pleinement réalisé les appréciations impliquées par sa compétence.

En pratique, cette erreur de droit prend deux formes possibles que la jurisprudence différencie elle-même par le régime contentieux qu'elle leur procure.

(177) Goldenberg, *op. cit.*, p. 185. — V. aussi Michoud, art. préc. R.G.A., 1914 et 1915.

L'Administration sous-estime d'abord ses pouvoirs en déclinant à tort sa compétence dans une affaire qui lui était soumise, l'agent public devant en effet toujours examiner le fond de cette affaire dès lors qu'il le pouvait légalement.

L'Administration sous-estime encore sa compétence en n'examinant pas l'affaire sur laquelle elle statue avec tout le soin et tout le degré d'analyse qu'appelait son pouvoir d'appréciation des circonstances de l'espèce. En effet, le Conseil d'Etat entend que l'Administration procède effectivement à l'ensemble des appréciations impliquées par la nature de sa compétence ; et on parle alors plus précisément de son obligation de procéder à un « examen particulier des circonstances de l'affaire ».

1) Les agents publics ne doivent pas renoncer à l'examen au fond des affaires entrant dans le domaine de leur compétence.

La jurisprudence du Conseil d'Etat censure ainsi en premier lieu les refus par une autorité administrative de prendre telle ou telle décision au motif que cela est pour elle impossible, par exemple le refus d'examiner et donc de satisfaire à une demande, en raison de son incompétence en la matière ou de l'impossibilité juridique d'y donner suite favorable, dès lors que cette incompétence ou cette impossibilité juridique sont invoquées à tort.

Des causes variées peuvent expliquer ces sortes de renonciations d'un agent public à l'examen d'une affaire. Parfois c'est en toute bonne foi qu'il a cru être incompétent pour traiter une affaire, qu'il a cru que la demande qui lui était présentée était tardive et ne pouvait donc être agréée. Il peut n'y avoir là également que prétexte pour ne pas examiner une affaire ou un dossier en opposant ainsi une fin de non-recevoir.

Il y a là, en tous cas, une méconnaissance radicale par un agent de l'étendue de ses pouvoirs, dont la sanction est d'ailleurs facilitée par le fait que dans ces hypothèses c'est bel et bien un motif faux en soi qui est avancé par l'Administration. Aussi bien, en 1883, le Conseil d'Etat jugeait-il qu'« en déclarant (à tort) qu'il ne lui appartenait pas de statuer sur la réclamation formée par la société requérante (l'auteur de l'acte), a méconnu l'étendue de ses pouvoirs » (178).

Cette censure est naturellement évidente dans l'hypothèse où le destinataire de l'acte ainsi mal fondé pouvait véritablement exciper d'un droit à une décision qui, sur le fond, donne satisfaction à sa prétention ou à sa demande.

Son intérêt, et son importance historique sont cependant venues de ce que le juge a rendu cette forme de censure également systématique, même, et avec un soin spécial dans les hypothèses où l'auteur de l'acte possédait au fond un pouvoir discrétionnaire pour refuser ce qu'il a rejeté.

(178) Cf. C.E., 23 novembre 1883, Société des mines d'or de la Guyane Française, Rec. 892.

1) Les justifications d'une telle censure sont désormais classiques.

En opposant à un administré un fallacieux motif d'impossible examen de son affaire, l'agent public prive en effet a priori cet administré de l'examen de son cas. Ainsi, dans l'affaire Quéralt, en 1950, le Commissaire du Gouvernement M. Delvolvé, insistait-il sur la perte de garantie résultant pour les requérants de ce que le Ministre du Travail avait purement et simplement refusé d'accueillir leur recours hiérarchique à l'encontre d'une décision d'un inspecteur du Travail en matière d'autorisation de licenciement : le recours hiérarchique offrait en effet davantage de facultés de réformation de cette décision que n'en ouvrait le recours contentieux auquel les intéressés se trouvaient désormais limités (179). Une perte analogue de garanties devait être constatée par les Commissaires du Gouvernement à l'égard de fonctionnaires qui s'étaient vu rejeté pour irrecevabilité par le Ministre le recours hiérarchique qu'ils dirigeaient contre le refus de leur chef de service de modifier leur notation (180).

Plus précisément, en telle hypothèse, et singulièrement en matière discrétionnaire où aucun moyen de fond risque de n'être invocable par le requérant, c'est bien une garantie qui est retirée à l'administré, la « garantie, comme l'écrivait Michoud, d'un examen attentif et spécial » (181). L'administré est en effet privé ab initio de toute chance de voir l'appréciation administrative se faire en faveur de ses intérêts. Quelle que soit donc la liberté qu'avait cet agent pour refuser au fond ce qu'il a rejeté a priori, sa décision doit donc être considérée comme viciée. On peut dire, avec M. Goldenberg, qu'il n'y aurait pas là « un exercice normal du pouvoir discrétionnaire » (182). Aussi bien la consolidation de cette censure des motifs devait-elle participer de l'effort du juge pour discipliner au début du siècle l'exercice des compétences discrétionnaires, et pour astreindre systématiquement les agents publics à cette « prudence » et à cette « diligence professionnelles » prônées par le Doyen Hauriou. Plus généralement d'ailleurs, cette forme de censure s'appuie sur la conception « fonctionnelle » des compétences administratives qui oblige l'Administration à exercer réellement les pouvoirs qui lui sont attribués, et donc à examiner au fond les affaires entrant dans le champ de ses pouvoirs d'appréciation même discrétionnaire (183).

2) En pratique, cette censure de la renonciation ou de refus de l'Administration d'examiner au fond les affaires qui lui sont soumises peut prendre deux formes :

a) Le Conseil d'Etat censure d'abord l'hypothèse où le titulaire d'une compétence refuse de l'exercer en invoquant à tort une cause

(179) Delvolvé, concl. sous C.E., 30 juin, Quéralt, D. 1951.246.

(180) Rigaud, concl. sous C.E. (S.), 20 octobre 1967, Palisse, Rec. 383. — Rougevin-Baville, concl. sous C.E. (S.), 19 octobre 1971, demoiselle Bruguère, Rec. 692.

(181) Michoud, art. préc., R.G.A., 1914 et 1915.

(182) Goldenberg, *op. cit.*, p. 186.

(183) Cf. Bluman : « La renonciation en droit administratif français », L.G.D.J., 1974.

d'irrecevabilité d'une demande, par exemple en raison de sa tardivité (184).

b) Surtout, le juge a eu à condamner les véritables allégations d'incompétence de principe à connaître d'une affaire dans les cas où les textes donnaient parfaitement à l'agent le droit de statuer.

Cette hypothèse est même anciennement sanctionnée, et Laferrière l'avait déjà analysée (185).

Sous réserve des rares cas où une substitution de motifs est possible et nécessaire, il y a là une condamnation systématique, dont les arrêts précisent bien qu'elle intervient alors même que l'autorité administrative avait éventuellement le plus large pouvoir discrétionnaire pour rejeter au fond la demande qu'il a écartée a priori au nom de son incompétence à en connaître (186).

L'erreur ainsi commise est alors traditionnellement définie comme une « incompétence négative », c'est-à-dire comme une sorte d'incompétence à l'envers qui a consisté pour l'agent public à réduire le domaine de sa compétence au lieu de l'étendre comme dans le cas ordinaire de l'incompétence. Cette théorie de l'incompétence négative englobe d'ailleurs l'hypothèse un peu voisine dans ses ressorts, où le signataire de l'acte, et qui était également titulaire de la compétence mise en œuvre, n'en serait pas pour autant le véritable « auteur », et se serait borné à transcrire la volonté d'un autre agent, d'une autre instance ou d'un autre organe auquel il s'en est en réalité entièrement remis, de sorte que, là encore, l'agent a « méconnu » l'étendue, et même l'existence de sa compétence (187), et notre droit est justement sévère aussi sur ces « transferts indirects » de compétence, même s'il est vrai qu'ils sont parfois difficiles à détecter avec certitude (188).

Le fait que dans ces hypothèses la compétence même de l'agent public soit en cause explique qu'on ait parlé à ce propos d'« incompétence né-

(184) Par ex. C.E., 20 décembre 1974, Belounis, Rec. 571.

(185) Cf. C.E., 23 novembre 1883, Société des mines d'or de la Guyane Française, Rec. 892. — C.E., 31 juillet 1903, Picard, Rec. 586, concl. Romieu. — C.E., 21 juin 1912, Cotton, Rec. 702, concl. Blum. — C.E. (S.), 30 juin 1950, Quéralt, Rec. 413, D. 1951.246, concl. Delvolvé, S. 1951.3.85, note Auby. — C.E., 8 octobre 1964, dame Martzoff, Rec. 458. — C.E. (S.), 19 octobre 1971, demoiselle Bruguière, Rec. 692, concl. Rougevin-Baville, A.J.D.A., 1972.91, chr. Labetoulle et Cabanes, *Rev. Adm.*, 1972.268, concl. Rougevin-Baville.

Sur l'ensemble de la question, Auby et Drago, *Traité préc.*, n° 1067. — Odent, *cours préc.*, p. 1403. — Laferrière, *Traité préc.*, t. 2, p. 529. — Alibert : « Le contrôle juridictionnel de l'Administration par le moyen du recours pour excès de pouvoir », p. 217.

(186) Cf. par ex. C.E., 13 février 1942, Société d'exploitation des eaux des thermes d'Enghien, Rec. 50.

(187) Cf. C.E., 26 avril 1939, Bour, Rec. 271. — C.E., 5 mars 1948, des Isnards, Rec. 119. — C.E., 30 juillet 1948, Nata, Rec. 355. — C.E., 24 mars 1952, Testardi, Rec. 175. — C.E. (S.), 7 janvier 1955, Ged, Rec. 11, D. 1955.J.69, concl. Mosset. — C.E., 25 mai 1962, Confédération des travailleurs chrétiens, Rec. 354. — C.E., 9 décembre 1970, Beauville, Rec. (Tab.), 1087, A.J.D.A., 1971.425. — C.E., 4 décembre 1974, Ministère de l'Éducation Nationale c. dame Chandelier, Rec. (Tab.), 993.

(188) Par ex. C.E., 4 avril 1973, Philippot, Rec. 281.

gative », et Laferrière traitait justement ce cas où l'agent renonce à son pouvoir de statuer comme « une espèce d'incompétence ».

Cette terminologie a cependant fait l'objet d'observations doctrinales. La notion d'incompétence est en vérité très souple, et dans une certaine mesure toutes les irrégularités pourraient être qualifiées ainsi ; la doctrine moderne réagit pour sa part contre tout syncrétisme qui confinerait à la confusion, et elle préfère réserver la notion d'« incompétence » aux cas où effectivement, selon la formule de MM. Auby et Drago, « celui dont émane l'acte litigieux n'était pas désigné par la règle pour exercer cette compétence » (189). De ce point de vue l'« incompétence négative » ne peut être considérée comme une véritable incompétence. Dans aucun des cas visés ici on ne saurait dire que l'acte n'émane pas de l'agent compétent. Dans sa note sur l'affaire Quéralt, M. Auby soulignait bien ainsi que « la décision émane de l'agent qui aurait dû statuer » (190). Dans l'affaire Ged où l'on devait reprocher au Conseil national de l'ordre des pharmaciens d'avoir simplement enregistré la volonté d'un autre organe et tenu abusivement un avis pour obligatoire dans son contenu, le Commissaire du Gouvernement M. Mosset reconnaissait bien aussi que pour autant « c'est bien le Conseil National qui a rendu la décision attaquée », et que, dès lors « on ne peut retenir ici purement et simplement l'incompétence des signataires de la décision » (191). En réalité, ce qui est reproché à l'acte, c'est juridiquement davantage les conditions de son élaboration lorsque le signataire s'en est en fait remis à l'opinion d'un autre organe, ou, dans le cas du motif d'incompétence allégué à tort, les fondements mêmes de l'acte, le raisonnement juridique par lequel l'auteur de la décision s'est déterminé, c'est-à-dire ses motifs, comme d'ailleurs le soulignent certains arrêts.

Ce n'est pourtant pas à dire que la référence communément faite ici à la « compétence » de l'auteur de l'acte soit inutile et sans signification. Elle met bien entendu en lumière les bases profondes de cette censure juridictionnelle, qui résident dans le principe d'indisponibilité des compétences. Elle a d'autre part probablement facilité l'introduction de cette forme de censure des fondements de l'acte administratif à une époque ancienne où le juge ne procédait guère à cet examen des motifs. Laferrière soulignait bien ainsi qu'en telle occurrence « ce qui provoque l'annulation ce n'est pas le rejet de la demande, c'est la déclaration d'incompétence sur laquelle ce rejet est fondé » (193).

Il faut également admettre que certaines formes d'incompétence négative sont en fait très proches de l'incompétence proprement dite. Ainsi en va-t-il dans l'hypothèse où le signataire de l'acte s'est lié

(189) Auby et Drago, *Traité préc.*, n° 1067. — De Soto : « Contribution à la théorie des nullités des actes administratifs », 1941.

(190) Auby, note préc. sous C.E. (S.), 30 juin 1950, Quéralt, S. 1951.3.85.

(191) Mosset, concl. préc. sous C.E., (S.), 7 janvier 1955, Ged, D. 1955.J.69.

(192) Par ex. C.E., 13 février 1942, Société d'exploitation des eaux et thermes d'Enghien, Rec. 50.

(193) Laferrière, *Traité préc.*, tome 2, p. 519.

indûment à la volonté d'une autre instance, de sorte qu'il n'est pas excessif de dire que l'acte « émane » alors matériellement d'un organe incompetent ; en 1955, dans l'affaire Ged, et comme le lui proposait son Commissaire du Gouvernement, M. Mosset, la Section du Contentieux devait d'ailleurs admettre que le moyen tiré d'une telle « incompetence négative » pouvait être soulevé d'office, comme il en va des moyens d'incompétence proprement dite, dès lors que l'ordre des compétences aurait été bouleversé, et que « la compétence même de l'autorité qualifiée » a été « affectée » (194).

2) Les agents publics doivent procéder à l'ensemble des appréciations et examens impliqués par leur compétence.

(La règle d'examen particulier des circonstances de l'affaire)

Ce principe désormais classique de notre Droit Administratif complète le précédent et le prolonge. De même que le Conseil d'Etat interdit à l'Administration de donner à ses actes des motifs qui traduisent sa méconnaissance du pouvoir qu'elle avait de statuer au fond sur l'affaire qui lui avait été soumise, on verra ici que le juge censure l'acte dont les motifs de fond n'auraient pas fait l'objet de l'examen approfondi qu'impliquait la nature de la compétence mise en œuvre. La formule est aujourd'hui consacrée tant en jurisprudence qu'en doctrine : l'Administration doit procéder à un « examen particulier des circonstances de l'affaire » (195).

Originellement, le juge a tité cette « règle » des nécessités propres à telle ou telle compétence lorsque la loi d'habilitation elle-même en subordonnait la mise en œuvre à une prise en considération précise des circonstances de l'affaire. Ainsi, la loi du 13 juillet 1906 prévoyait-elle des autorisations préfectorales de déroger à la règle du repos dominical « lorsqu'il est établi que le repos simultané le dimanche serait préjudiciable ou compromettrait le fonctionnement normal de l'établissement » ; le Conseil d'Etat déduisit sans peine de ces dispositions la nécessité pour le préfet d'« examiner les conditions particulières de clientèle et de fonctionnement de l'établissement », et pour cette raison censura les actes dont les motifs ne traduisaient que trop l'absence de cet examen spécial (196).

Mais le Conseil d'Etat a rapidement donné une portée d'ordre beaucoup plus général à cette règle d'examen particulier des circonstances de l'affaire et à sa censure des décisions dont les motifs traduiraient

(194) C.E. (S.), 7 janvier 1955, Ged, préc., note 187.

(195) Bibl. Gén. : Mégret : « De l'obligation pour l'Administration de procéder à un examen particulier des circonstances de l'affaire », E.D.C.E., 1953, pp. 77 ss. — Goy, *op. cit.*, t. I, pp. 98 ss. — Odent, cours préc., p. 1533. — Isaac, *op. cit.*, pp. 439 ss. — Auby : « La procédure administrative non contentieuse », D. 1956, chron. 27.

(196) Cf. C.E., 8 février 1907, Lévy, Rec. 143. — C.E., 30 novembre 1906, Jacquin, Rec. 880, concl. Romieu.

une insuffisante exploitation de son pouvoir par le titulaire d'une compétence, et donc une méconnaissance de son devoir de procéder a priori aux diverses analyses impliquées par cette compétence.

On retrouve là plus précisément son souci constant de faire du « pouvoir » de l'Administration une véritable responsabilité. Comme l'écrivait déjà le Doyen Hauriou en 1917 « c'est un excès de pouvoir aussi que de ne pas étudier les questions » (197). M. Waline devait également très tôt affirmer que l'Administration doit se voir reconnaître « l'obligation de se mettre dans les meilleurs conditions pour faire dans un esprit objectif et en connaissance de cause ce que demande l'intérêt général » (198).

Les hypothèses de pouvoir discrétionnaire devaient évidemment être plus spécialement visées par le juge. Faute d'accepter de toujours vérifier la valeur suffisante des fondements des actes qui lui sont déférés, le Conseil d'Etat s'est au moins doté des moyens de censurer l'insuffisance de leur contenu même. Il n'est pas rare en effet qu'au nom de ses libres pouvoirs d'appréciation au fond l'autorité administrative se croie autorisée à n'examiner que sommairement et superficiellement les affaires qu'elle a à traiter. En tel cas, et quand bien le juge se refuserait à superviser la valeur en fait de l'appréciation administrative, et si telles circonstances justifiaient vraiment telle mesure, il entend pour autant avoir des garanties quant à l'effectivité même de cette appréciation, et quant à la manière dont l'Administration a conçu sa compétence. Ainsi le Conseil d'Etat qui renonce traditionnellement à vérifier si les intérêts de la santé publique invoqués par le Ministre justifient vraiment son refus de visa à une spécialité ou à une publicité pharmaceutique, exige-t-il tout au moins que cette appréciation des intérêts de la santé publique ait été faite, et il condamnerait le « refus systématique » qui aurait été opposé à toute demande de visa « sans que chaque demande ait fait l'objet d'un examen particulier » (199).

Cette jurisprudence s'inscrit donc dans le courant qui a tendu, selon l'expression du Doyen de Toulouse, à « moraliser » l'exercice du pouvoir discrétionnaire, et à veiller à ce que ce pouvoir discrétionnaire ne dégénère pas en arbitraire. Comme le rappelait naguère M. Kahn devant l'Assemblée du Contentieux, même si le juge renonce parfois à contrôler « de l'intérieur » certaines appréciations administratives « vous veillez, de l'extérieur, à ce que cette appréciation soit faite dans des conditions acceptables » (200). M. Stassinopoulos a employé à cet égard une formule saisissante dont le paradoxe n'est qu'apparent.

(197) Hauriou, note sous C.E., 1^{er} mai 1914, Gomel, S. 1917.3.85.

(198) Waline : « Le pouvoir discrétionnaire », R.D.P., 1930.218, et aussi, note sous C.E., 16 novembre 1928; Foucher, D. 1929.3.33, chronique sous C.E., 20 juin 1952, Legros, R.D.P., 1953.725. « L'étendue du contrôle du juge de l'excès de pouvoir », E.D.C.E., 1956, pp. 20 ss.

(199) Cf. C.E. (Ass.), 27 février 1948, Société des Laboratoires du Bac et autres (6^e esp.), Rec. 100, D. 1948.J.556.

(200) Kahn, concl. sous C.E. (Ass.), 12 janvier 1968, Ministre de l'Economie et des Finances c. dame Perrot, A.J.D.A., 1968.2.179.

et qui traduit bien justement l'esprit de cette règle d'examen particulier des circonstances de l'affaire : « l'organe administratif, écrit-il, est obligé d'exercer son pouvoir discrétionnaire » (201). Et M. Venezia pouvait ajouter qu'en somme l'Administration a l'obligation de « ne pas dénaturer un pouvoir que la loi veut discrétionnaire » (202). Cette obligation qu'ont les autorités administratives d'« épuiser » ainsi, si l'on peut dire, leur compétence, se rattache dès lors aux principes fondamentaux mêmes de sérieux, voire de « moralité » administrative qui inspirent notre droit, auxquels bien des solutions du régime administratif français peuvent être rapportées, et qui inspirent notamment une partie importante du régime de la procédure administrative non contentieuse.

En pratique, l'obligation d'examen sérieux des circonstances de l'affaire n'est d'ailleurs pas sanctionnée seulement à partir de l'insuffisance des motifs donnés à l'acte, mais aussi à partir de l'insuffisante individualisation de la procédure qui a conduit à son adoption.

Ainsi le Conseil d'Etat condamne-t-il le phénomène des « décisions en bloc », c'est-à-dire prises simultanément dans des cas où chacune d'elles aurait pourtant appelé un examen distinct qui n'a donc pu avoir lieu. Dès 1907, le Conseil d'Etat annulait par exemple un ensemble de 57 refus de demandes de dérogation à la règle du repos dominical opposées en bloc par un préfet « au lieu d'examiner si chacune d'elles était justifiée par les raisons spécifiées par la loi » (203). Ce principe devait surtout être consacré par l'arrêt Foucher de 1928 (204) dans une affaire concernant la suppression de sectionnements électoraux par un Conseil général : bien que la matière ne fut pas conditionnée et qu'elle relevât du pouvoir discrétionnaire, le Conseil d'Etat annula la décision prise, et cela au motif que « les décisions qu'avait à prendre le Conseil portaient sur des objets distincts devant nécessairement faire l'objet d'un vote distinct » ; il entendait ainsi, selon ses propres termes, que les membres du Conseil soient « mis à même d'exprimer une opinion fondée sur les circonstances particulières de chaque commune ». Le Conseil d'Etat n'a pas davantage admis qu'un organisme chargé de donner un avis sur un certain nombre de dossiers distincts (en l'occurrence le, maintien de certaines réquisitions), puisse se borner à donner « en bloc » un avis favorable, « sans procéder, dit l'arrêt, à un examen particulier des différents cas qui lui étaient soumis » (205).

Le Conseil d'Etat ne se borne pas à condamner ainsi les « séries » de décisions adoptées simultanément là où plusieurs examens étaient nécessaires ; sa jurisprudence a censuré aussi les actes uniques auxquels il serait alors reproché de statuer globalement et de manière générale

(201) Stassinopoulos : « Traité des actes administratifs ».

(202) Venezia : « Le pouvoir discrétionnaire », p. 143.

(203) C.E., 8 février 1907, Lévy, préc., note 196, et aussi C.E., 22 mars 1907, Syndicat des employés de Perpignan, Rec. 304.

(204) C.E., 16 novembre 1928, Foucher, D. 1929.3.33, note Waline. — Cf. Isaac, *op. cit.*, pp. 440 ss.

(205) Cf. C.E., 18 mars 1949, Société des Etablissements Cotte, Rec. 139.

là où plusieurs situations diverses auraient dû être envisagées. En 1962, le Conseil d'Etat annulait ainsi un arrêté du Haut-Commissaire de la République en Nouvelle-Calédonie interdisant la diffusion de « tous écrits provenant de la Watch Tower Bible and Tract Society », alors que, selon l'arrêt, la compétence en cause impliquait « pour cette autorité administrative l'obligation de ne se prononcer qu'après examen particulier de chacune des publications qu'elle se propose de frapper » (206).

En pratique, cette exigence d'individualisation de l'examen des affaires elles-mêmes distinctes constitue la première garantie qu'on puisse avoir quant à la réalité et au sérieux du travail administratif ; le caractère systématique de ses décisions sur un ensemble d'affaires font en effet présumer l'indigence de la valeur en fait de l'acte. Il y a là, aussi bien, une possibilité de substitut, qui peut se révéler précieux, au contrôle que le juge se refuse encore quelquefois d'opérer sur la justesse même de l'appréciation administrative des circonstances. L'affaire Dolbeau de 1962 est significative à cet égard ; c'était en effet une matière de police discrétionnaire qui était en cause (la police de la presse de provenance étrangère) où traditionnellement le juge ne vérifie pas si l'Administration a correctement apprécié au fond les exigences de l'ordre public au nom desquelles cette police est mise en œuvre, mais en condamnant la décision litigieuse pour son absence d'examen du « cas particulier de chacune des publications » visées, le Conseil d'Etat n'aura pas cependant été loin de la censure de fond qu'en l'absence de pouvoir discrétionnaire il aurait réalisée sur le point de savoir si les nécessités concrètes de l'ordre public en Nouvelle-Calédonie justifiaient bien l'interdiction de l'ensemble des publications de la Watch Tower (207).

Le sérieux du travail administratif peut encore être sanctionné s'il apparaissait que l'affaire en cause n'a pas donné lieu à une analyse correctement documentée, que l'acte a été pris sur la base d'un dossier incomplet ou périmé, que des pièces essentielles y faisaient défaut et qu'il n'aurait donc pu être statué sérieusement par l'autorité administrative. Une telle censure ressort de l'intéressant arrêt Toly de 1970 (208) : l'affaire concernait un fonctionnaire en service en Guadeloupe qui, une première fois en 1961 avait été muté d'office en métropole sur la base de l'ordonnance du 15 octobre 1960 qui permettait ce genre de mesures pour des considérations d'ordre public, qui avait ensuite obtenu en 1965 l'annulation juridictionnelle de cette décision (209), et à qui, en 1966, un nouveau rappel en métropole était imposé ; cette nouvelle décision devait être alors annulée au motif qu'elle avait été prise sur la seule base du dossier de 1960, lequel,

(206) C.E. (S.), 16 novembre 1962, Dolbeau, Rec. 614, R.D.P. 1963.335.

(207) Cf. note 206, et aussi C.E., 28 avril 1976, Daigney et Syndicat national pharmaceutique d'optique et Union nationale des grandes pharmacies.

(208) C.E., 21 juillet 1970, Ministre de l'Education Nationale c. Toly, Rec. 500, A.J.D.A., 1970, p. 296.

(209) Cf. C.E., 3 mars 1965, Ministre de l'Education Nationale c. Toly, Rec. (Tab.), 832.

comme le souligne l'arrêt, n'avait pu permettre au Ministre d'« apprécier valablement si le comportement du sieur Toly en 1966 était de nature à troubler l'ordre public en Guadeloupe ».

La portée de ces formes de vérifications du sérieux de l'élaboration administrative de l'acte risque cependant de demeurer souvent limitée, et les exemples jurisprudentiels en sont d'ailleurs peu nombreux. Le juge y est certes attaché : il a ainsi précisé qu'un organe administratif ne saurait se dispenser de cette règle de sérieux au prétexte des « délais qui lui étaient impartis » (210), et il lui est aussi arrivé de présumer l'absence de sérieux de l'élaboration de l'acte à partir de l'incapacité de l'Administration à en justifier les conditions de délibération (211). Il reste que hors les cas de décisions manifestement non délibérées et qui s'affichent comme telles, la preuve d'absence formelle d'examen particulier des circonstances de l'affaire est nécessairement difficile. Il est vrai aussi que les conditions même d'élaboration des actes ne permettent pas toujours d'inférer du sérieux de l'examen : ce sérieux peut n'être qu'apparent ; la hâte administrative peut ne pas être significative, et par exemple, en 1969, dans la fameuse affaire Maison-Genestal revenue au fond, le Tribunal Administratif de Rouen jugeait que « si la société requérante conteste le caractère sérieux de l'examen de sa demande, ses griefs ne sauraient être suffisamment établis par le nombre élevés de dossiers examinés au cours de la séance » (212), un service public a tout de même le droit d'être efficace.

Aussi bien est-il important de voir le juge intervenir également au niveau de l'énoncé même des motifs des actes administratifs pour mettre à jour l'insuffisance d'analyse du titulaire de la compétence. Le Conseil d'Etat censure alors les actes dont les justifications manifesteraient une conception restrictive, voire « étriquée » de ses compétences par l'Administration, et un refus de procéder à l'ensemble des analyses impliquées par son pouvoir.

En pratique, cet examen de la suffisance juridique des motifs des décisions administratives a justement revêtu une grande importance, même si la jurisprudence contemporaine tend à atténuer certaines des exigences traditionnellement attachées au principe d'examen particulier des circonstances de l'affaire.

1) *La jurisprudence classique des motifs entachés d'insuffisant examen des circonstances de l'affaire.*

La jurisprudence de l'examen particulier des circonstances de l'affaire a condamné tout d'abord ce que l'on peut appeler les motifs « partiels ». L'hypothèse est celle où la loi a prévu un faisceau d'éléments auxquels l'Administration doit obligatoirement se référer dans l'élaboration de son acte. Celui-ci doit donc traduire l'examen de chacun

(210) Cf. C.E., 18 mars 1949, Société des Etablissements Veuve Cotte, Rec. 139.

(211) C.E., 19 janvier 1966, Lemoine, Rec. 44, R.D.P., 1966.616.

(212) T.A. Rouen, 29 novembre 1969, S.A. Maison-Genestal, inédit.

de ces aspects dont il devait être tenu compte, faute de quoi le motif est incomplet et ne peut donc être considéré comme admissible (213).

Plus généralement, la jurisprudence du Conseil d'Etat a eu à sanctionner les motifs trop systématiques qu'ils soient trop vagues et présentent un caractère de pétition de principe là où une analyse particulière était nécessaire, qu'ils soient trop peu fournis là où une analyse détaillée des diverses circonstances et aspects du dossier était indispensable, de tels motifs traduisant alors une analyse négligente du dossier, une position de principe, voire une volonté discriminatoire de l'Administration dans l'exercice de ses compétences.

Un cas particulièrement caractéristique à cet égard est celui de l'acte qui omet de tenir compte des facultés qu'offrait la loi de déroger dans certaines hypothèses à un régime juridique de droit commun dont l'agent public s'est alors contenté de faire une brutale application. L'autorité administrative ne doit en effet négliger aucune des ressources que lui offrent ses compétences, même s'il s'agit de facultés discrétionnaires.

Il est en effet tentant pour l'Administration de se borner — soit paresse, soit ignorance — à la seule application du « régime général » prévu par la loi sans tenir compte de la possibilité qu'elle avait éventuellement d'accorder un traitement plus favorable aux administrés concernés. Suivant sa technique habituelle, elle plaidera ensuite en cas de litige, que de toutes façons les exceptions légalement prévues n'étaient constitutives d'aucun droit pour les administrés qui ne sauraient donc se plaindre de n'en avoir pas bénéficié.

On ne s'étonnera pas que de bonne heure le juge ait réagi contre semblable restriction de fait apportée par l'Administration à la portée de sa compétence. Si le particulier n'avait bien en effet aucun droit à se voir accorder la dérogation litigieuse, il n'en avait pas moins un « droit » à ce que l'Administration examine au moins s'il convenait ou non de l'en faire bénéficier, faute de quoi cette faculté légale perdrait toute raison d'être et toute utilité.

Le principe de cette solution a été posé dès 1904 dans l'arrêt Berrest. Dans cette affaire, l'Administration avait refusé d'inscrire le sieur Berrest sur la liste des officiers candidats à des emplois civils au motif que le requérant n'avait pas contracté de rengagement, condition qu'exigeait effectivement la loi ; l'auteur de la décision avait seulement oublié qu'une exception avait été prévue également par la loi en faveur des officiers que des blessures ou des infirmités de service auraient mis dans l'impossibilité de contracter ce rengagement. Le requérant se trouvait justement dans ce cas et bien qu'il n'eut aucun droit à bénéficier de l'exception de faveur, le juge conclut à l'« inexacte application de la loi » du fait que le refus d'inscrire le sieur Ber-

(213) Par ex. C.E. (Ass.), 20 décembre 1968, Syndicat intercommunal de ramassage scolaire de la vallée de l'Aube, Rec. 665, A.J.D.A., 1968.2.324.

rest était fondé « sur le motif unique qu'il n'aurait pas contracté de rengagement » (214).

Depuis un siècle, cette solution a été plusieurs fois reprise par le Conseil d'Etat en des termes à peu près identiques (215). La complexité croissante des pouvoirs administratifs donne d'ailleurs un nouvel intérêt à cette jurisprudence qui prolonge très directement la théorie de l'incompétence négative, et qui s'en rapproche même dès lors que l'auteur de l'acte oppose en somme un motif d'irrecevabilité a priori à la demande qui lui est faite de prendre telle ou telle mesure « dérogatoire » à un régime général (216).

Sa mise en œuvre risque cependant d'être difficile. Ce moyen suppose en effet de la part du requérant ou de ses conseils une solide connaissance des lois et des possibilités réelles qu'elles offrent à l'action administrative ; cela est particulièrement le cas lorsque la dérogation oubliée résulte non pas de la base légale même qui a été utilisée, mais de son imbrication avec d'autres textes (217).

Outre cette hypothèse, le Conseil d'Etat peut encore intervenir à l'encontre de tous actes qui seraient motivés par des considérations trop générales, de sorte que l'affaire traitée n'a pu être examinée à fond, et que l'appréciation des circonstances qui était demandée à l'Administration n'a pas eu lieu.

Certains arrêts emploient à cet égard une terminologie qui traduit bien la crainte du juge de voir l'Administration abuser de ses pouvoirs d'appréciation en réglant par un motif d'ordre général un cas qu'elle ne devrait résoudre que par des considérations relatives à l'espèce elle-même. Dans l'affaire Ferrary jugée en 1964 le Conseil d'Etat censura ainsi un retrait d'autorisation de cabinet médical secondaire en faisant valoir que ce retrait était fondé sur « un motif d'ordre général qui aurait pu (aussi bien) être retenu pour retirer toutes les autorisations de cabinet secondaire accordées à Paris » (218). De même, en 1945, il avait refusé d'admettre un refus d'autorisation de création d'un commerce fondé sur « un motif d'ordre général qui aurait conduit à rejeter dans tous les cas les demandes concernant de nouvelles entreprises commerciales, même si elles correspondaient à des besoins locaux » (219).

Le Conseil d'Etat fait de fréquentes applications de cette censure du motif trop général. Il a ainsi contraint l'Administration à donner des motifs très précis aux refus préfectoraux d'accorder des dérogations à la règle du repos dominical (220) ; de même, en 1911, il estimait que

(214) C.E., 20 mai 1904, Berrest, Rec. 404, concl. Saint-Paul. — Cf. Goldenberg, *op. cit.*, p. 185.

(215) Par ex. C.E., 18 mai 1925, Chenu, Rec. — C.E. (S.), 13 janvier 1950, Ramé, D. 1951.549. — C.E., 1^{er} décembre 1950, Escalon, R.D.P., 1951.527. — C.E., 23 décembre 1974, ville de Lyon c. dame Forest, Rec. (Tab.), 838.

(216) C.E., 14 novembre 1973, dame de Messières du Baudiez, Rec. 644.

(217) Par ex. dans l'affaire Escalon, préc., note 215.

(218) C.E., 4 janvier 1964, Ferrary, Rec. 3.

(219) C.E. (S.), 4 mai 1945, Le Her, Rec. 90.

(220) C.E., 8 février 1907, Lévy, préc.

le maire ne pouvait légalement refuser une autorisation d'exhumation par simple référence à l'ordre et à la salubrité publique, mais qu'il devait en outre faire état de « motifs s'appliquant spécialement à l'affaire » (221).

Une de ses plus célèbres applications concerne la loi du 17 juillet 1940 dont on a vu déjà comment le Conseil d'Etat avait prétoriquement défini la portée nécessairement exceptionnelle, ce qui l'a conduit à exiger du Ministre une appréciation spéciale du point de savoir si le « comportement général » de l'agent était vraiment incompatible avec les exigences de l'intérêt public (222). Il a encore exigé une appréciation spéciale de l'affaire pour un refus d'autoriser un docteur en médecine à délivrer des médicaments dans une agglomération où il n'existe aucune officine ouverte au public (223), ou encore pour un refus d'autoriser une extension d'aérium et qui aurait dû se référer très précisément aux « besoins de la circonscription intéressée en équipement sanitaire » (224).

Ainsi le juge a-t-il la garantie que la référence de l'acte à l'intérêt des malades ou à la santé publique ne sera pas en fait cette formule « passe-partout » que Romieu redoutait de la part de l'Administration lorsqu'elle donne les motifs de ses actes. Cette précision garantira en effet le sérieux de la délibération administrative, notamment dans les hypothèses où justement le contenu même de l'appréciation administrative échappe quant à sa valeur même au contrôle juridictionnel.

Très souvent d'ailleurs, ce n'est pas seulement la négligence, l'hostilité de principe ou le manque d'intérêt pour l'affaire qui motive l'omission de son examen par l'Administration, mais aussi une volonté déterminée d'appliquer systématiquement ses compétences dans un certain sens, et de privilégier, dans la mise en œuvre de ses pouvoirs telle ou telle donnée des dossiers qui lui sont soumis.

Semblables positions de principe, ou « discriminations de principe », comme ont dit certains arrêts (225), qui aboutissent à des motivations trop systématiques, tendent justement dans la pratique à devenir très fréquentes.

Le Président Odent a bien mis en évidence les facteurs qui poussent ainsi parfois l'Administration à se fixer à elle-même des règles restrictives dans l'usage de ses compétences : « d'une part, souligne-t-il, opposer à une demande une décision de principe est un moyen efficace de résister aux pressions et aux interventions de toute nature ; d'autre part, l'existence d'une doctrine administrative comportant un certain automatisme facilite et accélère le fonctionnement des services » (226).

(221) C.E., 30 juin 1911, veuve Coquillard, Rec. 766.

(222) C.E. (Ass.), 24 juillet 1942, Piron, J.C.P., 1943.3.1, concl. Ségalat. — C.E. (S.), 5 mars 1943, Soulier et C.E. (Ass.), 22 juillet 1943, Chapelle, C.E. (S.), 4 février 1944, Duplat, D.C., 1944.J.99, note Morange.

(223) C.E. (S.), 21 décembre 1945, Bommier, S. 1946.3.32.

(224) C.E. (S.), 14 décembre 1962, Constantin, Rec. 683.

(225) Cf. C.E. (S.), 12 novembre 1955, Grip, Blisnick et Hachette, Rec. 538.

(226) Odent, cours préc., p. 1533.

A la limite, cette pratique pourrait d'ailleurs affleurer au détournement de pouvoir dans la mesure où la systématisation de la portée des pouvoirs administratifs n'aurait pour l'agent d'autre objet que de priver indirectement toute une catégorie de citoyens du bénéfice de telle loi, ou au contraire d'appliquer telle autre compétence au détriment d'une seule catégorie bien déterminée d'administrés.

Le plus souvent, ces « positions de principe » et ces restrictions, que s'impose l'Administration dans l'examen des affaires, résultent de circulaires et instructions par lesquelles les Ministres fixent à leurs subordonnés ou se fixent à eux-mêmes une interprétation uniformisée, simplifiée et systématisée de telle ou telle loi de compétence.

Il ne saurait s'agir normalement là que de simples « mesures d'ordre intérieur » sans aucune valeur normative, inopposables aux administrés autant qu'inattaquables par la voie du recours pour excès de pouvoir. Elles n'en jouent pas moins en pratique un rôle décisif dans la vie administrative courante. Dès le XIX^e siècle, l'auteur d'un « Petit Glossaire administratif » exposait ainsi comment dans la hiérarchie effective de l'application des lois l'agent public « obéit d'abord à la circulaire, puis à la décision ministérielle, puis au règlement, puis à la loi. Il est admis, ajoutait-il, que de la circulaire à la loi il n'y a pas toujours rapport exact, et même qu'il y a parfois contradiction » (227). L'importance réelle de ces mesures est même telle qu'on a pu y voir comme l'expression d'« un pouvoir réglementaire en la forme simplifiée » (228).

C'est à ce moment qu'intervient la censure contentieuse.

Les Ministres ne disposent en effet d'aucune compétence générale pour édicter des mesures à portée réglementaire dans le cadre de l'exécution des lois. Une circulaire ne saurait dès lors avoir pour effet de modifier autoritairement la portée des lois, que ce soit en imposant de nouvelles conditions à la mise en œuvre de ces lois (229), ou que ce soit justement en prescrivant des discriminations de principe dans l'exercice de l'appréciation de fait qu'elles appellent.

C'est ainsi qu'en 1959 le Conseil d'Etat annulait une instruction ministérielle « imposant de rejeter sans aucun examen des circonstances de chaque affaire toutes les demandes de prolongation de sursis ». Il s'agit là, souligne l'arrêt de « prescriptions de caractère réglementaire qui méconnaissent le pouvoir conféré au Ministre par la loi d'accorder le cas échéant la prolongation dont s'agit » (230).

(227) Boucher de Perthes : « Petit glossaire administratif », 1833, cité par Cathérine et Thuillier : « Introduction à une philosophie de l'Administration », p. 157.

(228) Lamarque, note sous C.E. (Ass.), 23 décembre 1959, Freyssinet, U.N.E.F. et U.G.E., S. 1960.227.

(229) Cf. C.E., 29 janvier 1954, Institution Notre-Dame du Kreusker, Rec. 64, R.P.D.A., 1954, p. 50, concl. Tricot, Long, Weil et Braibant, Grands arrêts, n° 90.

(230) C.E. (Ass.), 23 novembre 1959, Freyssinet, U.N.E.F. et U.G.E., Rec. 707, S. 1960.227, note Lamarque, A.J.D.A., 1960.2.171, obs. V.S., et 1960.1.43, chronique Combarnous et Galabert. — Cf. aussi par ex. C.E., 13 janvier 1975, Da Silva et C.F.D.T., Rec. 16, A.J.D.A., 1975.258, J.C.P., 1976.2.18.235, note Pellet.

Il est vrai que cette censure directe par le juge des circulaires réglementaires demeure d'une mise en œuvre relativement difficile, et cela pour plusieurs raisons : il est d'abord rare que les particuliers aient une connaissance immédiate de semblables documents hors les cas où ils ont été publiés au *Journal Officiel* (231) ; et puis, pour des motifs pratiques, le juge hésite à provoquer de trop fréquentes annulations de circulaires. C'est ainsi qu'on l'a vu se fier aux « termes mêmes de la circulaire » (232) en vue d'en déterminer le caractère simplement indicatif ; le juge hésite plus souvent encore à définir comme réglementaires des circulaires ou instructions qui émaneraient de l'agent même qui aura à exercer la compétence concernée et qui risquent alors moins d'hypothéquer son examen ultérieur des affaires.

Mais s'il annule rarement une circulaire au motif qu'elle interdirait tout examen particulier des circonstances de l'affaire, du moins le juge se réserve-t-il le moyen de vérifier à propos de chaque décision si l'agent en a établi les motifs par référence aux indications de la circulaire — alors érigée en position de principe — ou parce que ces motifs lui ont paru ressortir des caractères propres de l'affaire en cause.

Peu importe alors que la circulaire concernée présente une nature « réglementaire » ou simplement indicative, l'essentiel est qu'en fait l'auteur de l'acte se soit lié aux critères restrictifs qu'elle contenait au lieu de procéder à l'appréciation de l'espèce comme la loi l'y conviait.

Ainsi dans l'affaire Arnaud, jugée en 1962, la reconnaissance du caractère simplement indicatif de la circulaire incriminée n'a pas empêché la Section du Contentieux de rechercher si en l'espèce l'auteur de l'acte s'était ou non « regardé comme lié » par ladite circulaire (233).

En pratique, ces prédéterminations du motif de l'acte avant tout examen de l'affaire ne résultent pas d'ailleurs seulement de circulaires ou instructions. Il arrive qu'elles consistent aussi tout simplement en une « ligne de conduite », d'une « politique », on pourrait presque dire d'une « jurisprudence » que l'organe titulaire d'une compétence s'est fixée dans la mise en œuvre de sa compétence.

A l'occasion d'un recours dirigé contre le rejet d'une demande de mutation d'une directrice d'école, le Conseil d'Etat devait par exemple constater « qu'en émettant l'avis défavorable au vu duquel a été prise la décision... La Commission s'est bornée à appliquer une règle qu'elle avait adoptée préalablement et en vertu de laquelle devaient être écar-

(231) Comme dans l'affaire Freyssinet.

(232) Cf. C.E. (S.), 13 juillet 1962, Arnaud, Rec. 474, et les concl. Fournier sous C.E., 2 décembre 1966, Marchand, R.D.P., 1967.574.

(233) C.E. (S.), 13 juillet 1962, Arnaud, Rec. 474, A.J.D.A., 1962.2.561, et 1962.1.545, chr. Galabert et Gentot. — V. Douence : « Recherches sur le pouvoir réglementaire », L.G.D.J.

tées toutes les demandes émanant de directeurs ou de directrices d'école âgés de plus de 54 ans » (234).

Depuis le début du siècle, semblables condamnations ont été assez fréquentes, singulièrement lorsque le juge pouvait déceler une volonté de discrimination derrière le caractère trop général ou systématique du motif retenu par l'autorité administrative (235).

Cette obligation pour l'Administration de procéder à un examen spécial et approfondi de l'affaire peut d'ailleurs aller très loin, comme cela est apparu dans l'affaire Ferrary, en 1964 puis en 1968, qui concernait le retrait d'une autorisation de cabinet secondaire de dentiste et qui aurait dû être motivé par une appréciation de « l'intérêt des malades » : le Conseil d'Etat avait ainsi d'abord exigé que la décision se réfère précisément aux « modifications intervenues dans le quartier où le sieur Ferrary avait obtenu l'autorisation d'ouvrir un cabinet secondaire en ce qui concerne le nombre et la répartition des cabinets de chirurgiens-dentistes et les besoins des malades depuis l'octroi de ladite autorisation » (236).

Après l'annulation de ce retrait, le Conseil d'Etat ne s'est pas davantage contenté de l'allégation tenant à l'augmentation du nombre des praticiens dans les quartiers concernés dès lors qu'on laissait subsister dans ces quartiers d'autres autorisations de cabinets secondaires et qu'il n'avait pas été relevé de circonstances particulières au cabinet dont l'existence était en cause » (238). De manière générale, le juge se montre d'ailleurs plutôt sévère quant à la réalité et au sérieux de l'examen administratif lorsque l'Administration statue une nouvelle fois sur une affaire ayant déjà fait l'objet d'une précédente décision ; c'est bien sûr le cas lorsque, comme dans l'affaire Ferrary, la première décision a justement été annulée pour insuffisance de motifs, et le Conseil d'Etat exige alors qu'un examen vraiment nouveau ait lieu ; c'est aussi le cas de la décision qui renouvelle un acte dont la durée était venue à expiration et qui doit donc procéder d'un examen lui-même nouveau (239) ; c'est encore le cas des actes par lesquels l'Administration retire une autorisation ou une faveur précédemment accordée : dans cette hypothèse, dont l'affaire Ferrary relevait aussi, le juge exige en effet que des faits ou éléments vraiment nouveaux soient avan-

(234) C.E. (S.), 14 octobre 1955, dame Génia, Rec. 480.

(235) Cf. C.E., 7 août 1920, Col. Secretand, Rec. 853. — C.E., 4 février 1921, Compagnie du Bourbonnais, Rec. 148, S. 1924.3.64. Les applications les plus nombreuses concernent d'ailleurs le régime de la Fonction Publique : C.E. (Ass.), 24 juillet 1942, Piron, préc. — C.E. (Ass.), 16 juin 1944, Bouey, Rec. 171. — C.E. (S.), 3 mai 1950, Delle Jamet, S. 1951.3.73. — C.E., 13 juin 1952, Bruntz, Rec. 307. — C.E., 12 mars 1954, Becoc, R.P.D.A., 1954, n° 172. — C.E. (S.), 12 novembre 1955, Grip, Blisnick et Hachette, Rec. 538. — C.E. (S.), 14 octobre 1955, dame Génin, Rec. 480. — C.E., 21 mai 1969, Laine, Rec. 308.

(236) C.E., 4 janvier 1964, Ferrary, Rec. 3.

(238) C.E. (S.), 29 novembre 1968, Ferrary, Rec. 608, A.J.D.A., 1969.2.263.

(239) Cf. C.E., 4 août 1922, Compagnie du Bourbonnais, S. 1924.3.65 (3^e esp.).

cés par l'autorité administrative à l'appui de l'exercice de sa compétence (240).

Cette jurisprudence connaît pour autant des limites. La censure des positions de principe n'est ainsi pas toujours facile dès lors que l'auteur de l'acte a su lui donner l'apparence d'une motivation spécifique. En l'absence d'aveu, le juge recourra alors aux diverses pièces du dossier, mais celles-ci ne l'éclaireront pas nécessairement, surtout si la position de principe résulte non pas d'une circulaire mais d'une simple ligne de conduite qui ne correspond à aucun document rédigé. Les circonstances d'émission de l'acte seront alors sans doute les éléments qui permettront le mieux de renseigner le juge : ainsi, dans l'affaire Piron, en 1942, le Commissaire du Gouvernement, M. Ségalat, déduisait la position de principe de l'Administration dans sa mise en œuvre de la loi du 17 juillet 1940 du fait qu'à la même époque plusieurs usages en avaient été faits, sur la base d'une pratique toujours identique, un peu à la manière des décisions en bloc (241). La jurisprudence fait d'autre part souvent aussi preuve d'une certaine souplesse dans la mise en œuvre de cette censure lorsqu'il était reproché à l'Administration d'avoir exercé systématiquement telle de ses compétences générales sur la base de critères a priori. L'arrêt Arnaud de 1962 a bien illustré à cet égard la retenue du juge ; le Conseil d'Etat paraît en effet s'y être contenté de sept dérogations sur 13.000 décisions pour affirmer que « si le Ministre s'est en fait très largement inspiré des principes généraux qu'il avait énoncé dans la circulaire... il ne s'est à aucun moment regardé comme lié par lesdits principes auxquels il a dérogé dans quelques cas particuliers » (242). De même ne suffit-il pas, aux yeux du juge, que l'auteur d'un acte se soit « conformé » à des directives pour que sa décision soit considéré comme ayant été du même coup dictée par elles ; il peut certes y avoir là une présomption mais qui sera renversée s'il résulte « de l'instruction que la demande a en réalité fait l'objet d'un examen... » (243).

Malgré ces inévitables tempéraments, et sans doute aussi parce que cette jurisprudence de l'examen individuel et intégral de chaque affaire par l'autorité administrative paraissait comporter certains inconvénients, le Conseil d'Etat a récemment apporté certains tempéraments à ses solutions classiques.

2) *Les aménagements nouveaux à la censure des motifs manifestant un examen insuffisant des circonstances de l'affaire.*

Les hypothèses de négligence de l'Administration dans l'examen des affaires et dans l'exploitation de ses compétences ne sont pas en elles-mêmes en cause. Mais on s'est demandé si l'autorité administra-

(240) Cf. C.E. (Ass.), 2 février 1951, Audet, *Gaz. Pal.*, 1951.1.204.

(241) Cf. *supra*, note 222.

(242) Cf. C.E. (S.), 13 juillet 1962, *préc.*, cf. *supra*, note 232.

(243) Cf. C.E. (S.), 15 mars 1963, Compagnie électromécanique, Rec. 167. — C.E., 1^{er} octobre 1971, Office publique H.L.M. de la Manche c. sieur Françoise, Rec. 578, R.D.P., 1972.949, chronique Waline.

tive ne devrait pas se voir parfois et à certaines conditions reconnaître la faculté d'orienter l'exercice de ses pouvoirs d'appréciation et de les organiser selon des critères prédéterminés, même si ces critères devaient aboutir à privilégier certains des aspects de dossiers qui lui sont déferés et à limiter l'examen administratif des différentes affaires concernées.

On s'est d'ailleurs demandé tout d'abord si, de manière générale, cette indépendance absolue de l'examen de l'affaire soumise à appréciation administrative par rapport à tous critères prédéfinis lorsque la loi elle-même n'en avait pas énoncés, était vraiment de nature à garantir l'objectivité de l'action administrative ou si elle ne constituait pas « une pure fiction » (244).

Lorsqu'un organe administratif doit statuer sur un très grand nombre de dossier relevant de son pouvoir d'appréciation, il apparaît ainsi que l'égalité de traitement entre les administrés peut être mieux assurée par le recours à quelques critères applicables à tous les cas et déterminés officiellement à l'avance, plutôt que par une suite incoordonnée d'appréciations d'espèce difficilement comparables les unes aux autres et ne laissant que rarement filtrer des inégalités de traitement (245). Comme l'observait M. Braibant, ce sont sans doute les critères généraux, d'ailleurs de plus en plus utilisés par les ordinateurs qui peuvent le plus efficacement restreindre « les possibilités d'arbitraire » de l'Administration (246).

C'est en matière d'interventionnisme économique et professionnel que cette nécessité de critères préalables à l'exercice du pouvoir d'appréciation administrative a été le plus vigoureusement défendue à partir de 1965 avant que le Conseil d'Etat ne finisse justement en 1970 par modifier sa jurisprudence ancienne.

En 1964, MM. Dupeyroux et Garagnon devaient ainsi en critiquer l'application qui venait d'en être faite à l'égard des commissions paritaires médicales pour ce qui concerne l'attribution par elles du régime de la notoriété en fonction des titres et de l'autorité professionnelle des médecins. Ils faisaient en effet valoir qu'en pratique ces commissions « ne peuvent remplir convenablement leur mission en examinant les dossiers les uns après les autres sans un minimum de méthode... Une certaine homogénéité doit se dégager des décisions de la commission et on voit mal, ajoutaient-ils, comment tendre à cette homogénéité et à cette égalité de traitement qui en est indissociable sinon à partir de certaines positions a priori » (247).

(244) Mme Questiaux, concl. sous C.E. (S.), 23 mai 1969, Distillerie Braibant, A.J. D.A., 1969.640.

(245) Cf. par ex. C.E., 30 avril 1965, Brault, Rec. 255, Dr. Soc., 1966.57, concl. Braibant, D. 1966.125, note Dupeyroux et Garagnon.

(246) Braibant : « L'informatique et l'administration », *Rev. int. des sc. adm.*, 1968.341.

(247) C.E., 3 juillet 1964, Tuset, Rec. 386. — C.E. (S.), 15 juillet 1964, Ministre du Travail c. Carrière, Rec. 402. — D. 1965.494, n. Dupeyroux et Garagnon.

Un peu plus tard, c'était à l'encontre des conclusions de Mme Questiaux que la Section du Contentieux faisait application de sa jurisprudence sur les positions de principe au régime de l'octroi des agréments fiscaux (248). Le vent de renouvellement de la jurisprudence soufflait cette fois depuis le Palais-Royal. A la même époque, un autre membre du Conseil, M. Delmas-Marsalet, faisait d'ailleurs le procès des solutions classiques dans les colonnes des « Etudes et Documents », préconisant que le juge reconnaisse prétorieusement à l'Administration « la possibilité de fixer les conditions générales d'octroi des incitations fiscales » (249).

En vérité, on ne s'étonnera pas de voir se réaliser en ces domaines nouveaux de l'action économique une rupture avec les solutions juridiques classiques. L'interventionnisme économique et professionnel de l'Etat appelle en effet des méthodes de décision particulièrement rationnelles, et la prise de décision « cas par cas » s'y révèle souvent très artificielle.

Selon M. Delmas-Marsalet, « la fixation (en ce domaine) de critères suffisamment sûrs et stables est (même) une condition de l'efficacité de l'action administrative. Elle oblige en effet l'Administration à définir de manière précise sa politique économique et à y voir elle-même un peu plus clair » (250).

M. Delmas-Marsalet ne cachait d'ailleurs pas les difficultés techniques auxquelles se heurterait inévitablement une atténuation de la jurisprudence classique. Un renversement des solutions contentieuses se heurte en effet à l'absence de tout pouvoir réglementaire des Ministres dans notre système constitutionnel. Il n'estimait cependant pas nécessaire de revenir à cet égard sur un principe aussi important, et il proposait de « reconnaître au ministre désigné par le Gouvernement... un pouvoir autonome de nature quelque peu différente d'un réel pouvoir réglementaire... (et) que l'on pourrait qualifier « pouvoir d'orientation ». Ce pouvoir comporterait la possibilité de fixer des conditions et critères généraux et impératifs sous réserve des dérogations exceptionnelles qui pourraient être apportées par le Ministre seul... en considération d'un intérêt général lui-même exceptionnel ».

L'affaire Crédit Foncier de France, jugée le 11 décembre 1970, a alors fourni aux juges du Palais-Royal l'occasion de « franchir le pas » auquel les avait vainement invité Mme Questiaux l'année précédente (251).

L'affaire concernait les décisions par lesquelles la Commission nationale de l'habitat accorde certaines aides financières pour la réali-

(248) C.E. (S.), 23 mai 1969, Distillerie Braibant, Rec. 264, concl. Mme Questiaux, A.J.D.A., 1969.640, concl. Mme Questiaux, note Tournié, R.D.P., 1969.1127, concl. Mme Questiaux, D. 1970.762, note Fromont.

(249) Delmas-Marsalet, art. préc. E.D.C.E., 1969.33 (notamment pp. 154-155).

(250) Delmas-Marsalet, art. préc.

(251) C.E. (S.), 11 décembre 1970, Crédit Foncier de France, Rec. 750, concl. Bertrand, A.J.D.A., 1971.2.227 et 191, chr. H.T.C. : « De l'arrêt Société Maison-Genestal à l'arrêt Crédit Foncier de France », R.D.P., 1971.1224, chr. Waline, D. 1971.673, note Loshack.

sation de travaux immobiliers. Dans la décision litigieuse, la commission s'était en effet référée à des « normes contenues dans l'une de ses propres directives » ; conformément aux conclusions de M. Bertrand, la Section du Contentieux a cependant refusé de voir là une « erreur de droit ».

L'arrêt Crédit Foncier de France a naturellement été salué comme un revirement.

Effectivement, le Conseil d'Etat n'exclut plus a priori l'organisation et l'orientation préalable par l'Administration, grâce à la définition de certains critères, des compétences qu'elle possède et dont le champ d'application était défini de manière beaucoup plus générale. Dans la fameuse affaire Géa de 1973, la Section a ainsi jugé que le Gouvernement avait pu tenir compte dans la délivrance des autorisations d'importation d'hydrocarbures de certaines « directives » incluses d'ailleurs dans une note du Conseil d'Etat lui-même (252).

Il ne paraît cependant pas possible de voir dans la jurisprudence nouvelle plus encore qu'un infléchissement et un aménagement des solutions classiques. L'admission systématique d'une compétence de l'Administration pour « orienter » la mise en œuvre de ses pouvoirs décisionnels se heurterait d'ailleurs à des obstacles de fond dès lors que ces directives aboutiraient à restreindre, donc à modifier le champ d'application de régimes juridiques qui avaient été définis à un niveau supérieur législatif ou gouvernemental.

La portée du revirement « Crédit Foncier de France » connaît ainsi une double limitation.

D'une part, il est évident que le recours des agents publics à des « critères » déterminés là où leur compétence comporte un pouvoir d'appréciation à la fois individuel et tenant compte de l'ensemble des circonstances, n'est pas devenu libre, ni discrétionnaire. Il implique au moins l'existence préalable de ces « directives » évoquées par la nouvelle jurisprudence, ce qui garantit un cadre de référence à la manière dont pourront désormais s'exercer les compétences en cause, ce qui fournit aussi une base de contrôle pour le juge quant au contenu des considérations qui auront ainsi limité ou orienté l'appréciation administrative. Qu'elles émanent du Ministre responsable, du gouvernement, de l'institution même chargée de la compétence concernée comme dans l'affaire Crédit Foncier de France, ces « directives » sont en tout cas indispensables (253).

D'autre part, le recours même à de telles directives n'est pas par lui-même sans conditions ni sans limites, de sorte que même qu'il ris-

(252) C.E. (S.), 29 juin 1973, Société Géa, Rec. 453, R.D.P., 1974.547, chr. Waline, A.J.D.A., 1973.2.589, note Vier, D. 1974.141, note Durupt, et aussi C.E., 20 janvier 1971, Union départementale des sociétés mutualistes du Haut-Jura, Rec. 45, J.C.P., 1972.2.17.232, note Fromont, D. 1971.673, note Loshack. — Cf. aussi les concl. Braibant sous C.E., 12 décembre 1973, dames Robinet et Flandres, D. 1975.216 et Delvolvé : « La notion de directive », A.J.D.A., 1974.459. — T.A. Besançon, 7 février 1973, Ballaud, A.J.D.A., 1973.590, note Vier.

(253) Cf. C.E., 11 juin 1971, Union mutualiste de Meurthe-et-Moselle, Rec. 439.

que d'être souvent difficile et en tout cas source de contestations contentieuses. Leur contenu même n'est naturellement pas discrétionnaire : aux termes de la jurisprudence, elles doivent être au moins « adaptées au but » de la compétence qu'elles affectent, et à plus forte raison ne pas « méconnaître les dispositions réglementaires en vigueur » (254). Les directives ne sauraient donc imposer de discriminations contraires aux principes généraux, non plus que poser des critères qui contrediraient l'esprit de la loi de compétence. Dans l'affaire Géa où il a été jugé que les directives litigieuses « ne sont pas inadaptées au but visé par le législateur », le Conseil d'Etat précisait ainsi qu'elles n'avaient pas eu « pour effet d'apporter à la liberté du commerce des restrictions autres que celles qui découlent nécessairement de la loi du 30 mars 1928 » : elles consistaient en effet à exiger des postulants à des contingents d'importation d'hydrocarbures des garanties de connaissances techniques et d'économie pétrolière, et des « moyens matériels et financiers leur permettant à tout moment de faire face à leurs obligations » ; comme l'avait souligné Mme Questiaux dans ses conclusions (inédites), ces conditions allaient tout à fait dans le sens de l'esprit du contrôle instauré par la loi de 1928 sur les importations d'hydrocarbures. Ces directives sont également réglementées par la jurisprudence quant à leur mise en œuvre : tout d'abord, le juge est attaché au principe de non-discrimination dans leur application (255), ce qui va dans la logique même de l'admission de ces directives ; cela pourrait conduire à interdire à l'Administration de s'en prévaloir à l'appui d'une décision particulière si en fait elle ne les avait pas appliquées uniformément dans ses autres décisions, et logiquement aussi cela devrait autoriser les administrés à s'en prévaloir s'ils entrent dans leurs prévisions (256). Surtout, et cela tempère l'apparente automaticité de l'application de ces directives, la jurisprudence précise bien que leur mise en œuvre doit laisser place à un examen particulier des circonstances de l'affaire de façon à permettre une éventuelle dérogation à leur contenu, en fonction des « particularités » de telle ou telle situation (257).

La prudence du juge est d'ailleurs bien marquée par son refus, lors de l'arrêt Géa, d'exiger la publication même de ces directives dont la Section du Contentieux souligna bien qu'elles « n'avaient aucun caractère réglementaire et ne modifiaient pas, par elles-mêmes la situation juridique des intéressés ».

La marge sera ainsi probablement très étroite entre des directives si souples qu'elles ne coordonneront plus vraiment la mise en œuvre de

(254) Cf. C.E., 27 octobre 1972, *Ministre de la Santé Publique c. Delle Ecarlat*, Rec. 682.

(255) Cf. C.E. (S.), 29 juin 1973, *Société Géa*, préc.

(256) Cf. Braibant, concl. préc. sous C.E., 12 décembre 1973, *dames Robinet et Flandres*, D. 1975.216 ; en ce sens, le droit allemand. V. Fromont : « Les principaux événements législatifs et jurisprudentiels en R.F.A. », R.D.P., 1970.1353 (notamment p. 1371).

(257) Cf. C.E. (S.), 11 décembre 1970, *Crédit Foncier de France*, préc. — C.E., 10 mars 1972, *Ministre de la Défense c. Le Bris*, Rec. 199, et C.E. (S.), 29 juin 1973, *Géa*, préc.

la compétence administrative, et des critères trop systématiques qui continueront d'encourir la censure du juge. Il est d'ailleurs frappant de voir les arrêts rendus de 1971 à 1974 insister sur l'obligation de principe d'examen approfondi des circonstances de l'affaire. Comme cela se réalise déjà dans le régime de l'urbanisme, sans doute conviendrait-il davantage que des textes interviennent pour redéfinir, si besoin s'en fait sentir, les modalités d'exercice de certaines compétences qui reposent sur de larges appréciations d'espèce et que l'Administration veut mettre au service de ses « politiques » (258), tant il est vrai qu'il est difficile pour le juge de remettre en cause la nature même des compétences administratives telle qu'elle fonde sa jurisprudence et sa conception classiques de l'examen complet et approfondi des circonstances de l'affaire, et du respect par l'Administration de l'esprit de ses compétences.

(258) Cf. Vier, note préc., A.J.D.A., 1973.590, in fine. — Cf. « Les directives d'aménagement du territoire » prévues par le décret du 30 novembre 1961 (mise en cause dans l'arrêt du 31 janvier 1975, Société des magasins périphériques de l'ouest, Rec. 69, A.J.D.A., 1975.140 et 132, chr. Franc et Boyon.

TITRE II

Le juge n'exerce
qu'un contrôle variable
sur l'ajustement
des motifs de fait
aux motifs de droit

L'exactitude matérielle des faits et la justesse des bases juridiques de l'acte ne sont que les conditions premières de son bien-fondé. Sans elles, l'acte serait nécessairement erroné ; ni l'une ni l'autre n'épuisent cependant l'interrogation qu'on peut faire porter sur la régularité des motifs de l'acte. Il ne s'agit pas en effet seulement de savoir si les faits retenus sont vrais, mais encore s'ils correspondent par leurs caractères et par leur importance aux conditions posées par le droit ; de même ne suffit-il pas que l'agent ait correctement interprété la portée légale de ses pouvoirs si par ailleurs les motifs au nom desquels il a statué ne se retrouvent pas dans la situation de fait concernée par la décision prise.

Cette nouvelle étape de la vérification juridictionnelle consistera par exemple à déterminer si tel grief (réputé exact) articulé contre un agent public constituait bien en droit la « faute disciplinaire » qui seule justifierait la sanction prononcée ; elle pourra également consister à vérifier si tel site mérite vraiment d'être protégé au titre de la législation sur les sites pittoresques, ou telle perspective par le régime juridique des « perspectives monumentales » ; elle pourra encore conduire le juge à déterminer selon les cas si les circonstances de l'espèce mettaient bien en cause « l'intérêt du service », « l'intérêt économique », « l'intérêt de la santé publique », ou tout autre intérêt au nom duquel seul l'acte édicté pouvait valablement l'être.

Il s'agit là de l'étape décisive du contrôle contentieux des motifs, et sa portée dépasse de beaucoup celle de l'erreur de fait et de l'erreur de droit : le juge ne contrôle plus alors simplement la qualité des

« matériaux » de fait et de droit du motif, il examine la façon dont ces matériaux ont été mis en œuvre. On atteint dès lors le motif de l'acte dans ce qu'il a de plus central, à savoir le syllogisme même qui a conduit l'agent à reconnaître dans une situation de fait particulière les conditions juridiques générales qui lui permettent de faire usage de ses pouvoirs légaux.

Aussi bien M. Letourneur pouvait-il souligner il y a quelques années que cette étape nouvelle de contrôle des motifs offrait au contentieux de l'excès de pouvoir le moyen de réaliser « son plein épanouissement » (259), parachevant en effet l'examen par le juge du bien-fondé du dispositif déferé devant lui.

L'Administration a cependant redouté l'excès d'emprise que le juge risquait d'acquérir par ce biais vis-à-vis d'elle. La jurisprudence elle-même, soucieuse de maintenir un certain équilibre dans ses rapports avec l'Administration a hésité à réaliser complètement et systématiquement ce contrôle de la portée juridique des motifs de fait.

Pratiquement, c'est à ce niveau que s'est justement posée la question du « pouvoir discrétionnaire » d'appréciation des faits par l'Administration. La persistance d'une zone de pouvoir discrétionnaire dans notre régime administratif et les difficultés que soulève la détermination de son domaine comme de sa portée exacte demeurent d'ailleurs encore les questions fondamentales du contentieux de l'excès de pouvoir. En 1956, M. Waline estimait même pouvoir définir le Droit Administratif lui-même comme étant « essentiellement l'étude du pouvoir discrétionnaire des autorités administratives et de sa limitation en vue de la sauvegarde des droits des tiers » (260).

Ainsi voit-on régulièrement les Commissaires du Gouvernement s'interroger au fil de leurs conclusions sur ce que peut être en telle ou telle matière l'étendue du contrôle du juge sur la nature et la valeur juridique attribuées par l'agent public aux circonstances de l'affaire.

Au fur et à mesure du développement du contentieux des motifs, il est remarquable de constater que cette question n'a pratiquement pas cessé de se poser et qu'elle s'est même posée en termes de plus en plus complexes.

S'il se pose ainsi toujours un « problème » du pouvoir discrétionnaire, comme disait déjà Hauriou, c'est bien sûr que le juge doit quotidiennement définir l'étendue de son contrôle sur les compétences nouvellement conférées à l'Administration, mais c'est surtout du fait que le contexte politique, social, pratique qui préside à cette définition évolue lui même sans cesse, obligeant le juge à un perpétuel réajustement des modalités de sa vérification.

(259) Letourneur : « L'étendue du contrôle du juge de l'excès de pouvoir », E.D.C.E., 1962, p. 51.

(260) Waline : « Etendue et limites du contrôle du juge administratif sur les actes de l'Administration », E.D.C.E., 1956, p. 25.

Traditionnellement, le contentieux repose à cet égard sur une distinction fondamentale entre les situations de fait dont le juge vérifie la portée de droit, et d'autre part celles qu'il laisse discrétionnairement apprécier par les agents du pouvoir exécutif.

Dans le droit positif contemporain, le juge continue certes de faire une distinction de principe entre le domaine de son contrôle et celui du pouvoir discrétionnaire (*Chapitre I*) ; on verra que la jurisprudence tend cependant à atténuer la portée de cette distinction en admettant désormais un contrôle de l'erreur « manifeste » d'appréciation même dans les hypothèses où l'agent dispose d'un pouvoir discrétionnaire dans la mise en œuvre de cette appréciation (*Chapitre II*).

CHAPITRE PREMIER

LA DISTINCTION CLASSIQUE DU DOMAINE DU CONTROLE JURIDICTIONNEL ET DU POUVOIR DISCRETIONNAIRE

Le pouvoir discrétionnaire est synonyme d'indépendance administrative.

C'est la part du raisonnement qui a précédé, déterminé et justifié l'acte que le juge de l'excès de pouvoir se refuse à superviser. On pourrait également dire que c'est « ce qui reste » quand le juge a achevé d'exercer les contrôles qu'il estimait être en droit de réaliser sur le « bien-fondé » de l'acte.

D'un point de vue historique, ce pouvoir discrétionnaire se présente alors à nous comme un vestige : il est le vestige quelque peu dédoré de l'ancienne et redoutable théorie des actes discrétionnaires dont les motifs étaient inattaquables au XIX^e siècle devant le juge de l'excès de pouvoir. On a déjà eu l'occasion de voir comment cette ancienne « forteresse » avait été démantelée depuis cette époque de deux façons : d'abord, et dès le début du siècle, le Conseil d'Etat a cessé de considérer que les motifs d'un acte puissent jamais échapper à tout contrôle du juge, et l'examen de l'erreur de fait, comme celui de l'erreur de droit ont fini par acquérir, avec celui du détournement de pouvoir, un caractère de contrôle minimum que les arrêts se sont plus à souligner, et à exploiter ; d'autre part, en ce qui concerne la portée juridique attribuée aux faits par l'auteur de l'acte, les juges du Palais-Royal ont progressivement réduit le nombre des appréciations qui, selon la formule traditionnelle de la jurisprudence « ne sont pas susceptibles d'être discutées devant le Conseil d'Etat statuant au contentieux ». Le progrès de ce contrôle ne fait, aussi bien que prolonger le soin apporté par le juge à la définition même des conditions d'émission des actes administratifs : la meilleure sanction de la finalité spéciale de chaque compétence est en effet de vérifier si les circonstances de l'espèce justifient bien concrètement la décision prise, et l'usage qui a été fait par l'Administration de tel de ses pouvoirs. Aussi bien les Commissaires du Gouvernement en viennent-ils à présenter aujourd'hui ce contrôle du juge comme « de droit commun », ne serait-ce

que « pour étendre au maximum les garanties juridiques données aux citoyens » (261). Aux Tables du « Lebon », une telle vérification est d'ailleurs désormais qualifiée de « contrôle normal » depuis 1971. Dans son cours de contentieux, le Président Odent conclut d'ailleurs que « le contrôle normal, cela va de soi, est la règle » (262).

On serait alors naturellement tenté de voir dans le pouvoir discrétionnaire la part de raisonnement justificatif de l'acte qui n'a pas « encore » été soumise au contrôle juridictionnel, mais qui finira bien par l'être un jour. Et ne voit-on pas justement de nouvelles parts de ce pouvoir discrétionnaire tomber régulièrement, et le juge étendre son contrôle à des appréciations que naguère il déclarait insusceptibles de toute vérification de sa part ?

Le pouvoir discrétionnaire ne saurait cependant être considéré ainsi seulement comme un héritage et le reliquat d'une doctrine périmée des actes discrétionnaires.

Il n'est pas, et ne peut pas être uniquement cela. Il doit aussi être envisagé d'un point de vue logique, des justifications rationnelles étant alors apportées à l'admission de certains libres pouvoirs d'appréciation administrative dans la mise en œuvre de certaines compétences, de sorte qu'à la limite, il y aurait un pouvoir discrétionnaire légitime, même s'il y a eu aussi, et s'il y a encore peut-être en partie, certains pouvoirs discrétionnaires abusifs.

Aussi bien n'est-ce pas seulement par tradition, mais encore par raison, que le Conseil d'Etat a admis que l'appréciation par l'Administration du bien-fondé juridique de ses actes, puisse, parfois, appartenir au pouvoir discrétionnaire.

Les « bonnes raisons » ne manquent pas d'ailleurs, pour inciter le juge à admettre ainsi ces zones de pouvoir discrétionnaire administratif non seulement en l'absence mais aussi en présence de conditions légales. On précisera alors quelles sont les justifications dont se nourrit la théorie du pouvoir discrétionnaire (section 1), avant de voir comment concrètement le juge chercher à définir ce qui apparaît comme seulement une marge « raisonnable » de pouvoir discrétionnaire administratif (section 2).

Section I

LES JUSTIFICATIONS DU POUVOIR DISCRETIONNAIRE

A travers l'histoire du contentieux administratif, et singulièrement depuis l'essor pris par notre droit administratif et par le re-

(261) Rigaud, concl. sous C.E. (S.), 8 décembre 1968, *Ministre des Armées c. Bachex*, R.D.P., 1969, p. 709.

(262) Odent, cours préc., p. 1559.

cours pour excès de pouvoir, divers arguments ont en effet été régulièrement avancés à l'encontre d'un contrôle juridictionnel trop poussé et trop systématique sur la portée juridique attribuée par l'agent aux circonstances de l'espèce.

Sans doute ne s'agit-il jamais que de justifier une certaine marge de pouvoir discrétionnaire auquel on a vu d'ailleurs que l'exactitude de fait et l'admissibilité des fondements juridiques de l'acte demeurent toujours étrangères ; la recherche même de justifications rationnelles au pouvoir discrétionnaire traduit bien d'autre part le caractère « défensif » de cette notion par rapport à la légitimité de principe acquise par le contrôle du juge sur la régularité juridique des motifs de l'acte.

Il est néanmoins symptomatique de relever que le développement moderne du recours pour excès de pouvoir et son efficacité, reconnus et salués par tous, n'ont pas empêché la doctrine de s'interroger sur les frontières imposées par la raison à l'emprise du juge sur les motifs de l'acte.

Ces arguments ont d'ailleurs un poids qui n'est pas négligeable et en pratique, ils ont souvent influencé la jurisprudence.

Ils peuvent essentiellement être ramenés à deux thèmes qui sont ceux de l'opportunité et de la technicité.

1) L'argument de l'opportunité.

Il y a là un leitmotiv du pouvoir discrétionnaire. Pour sa part, Gaston Jèze posait sous forme de véritable principe que « le motif d'opportunité exclut complètement l'acte de juridiction » (263) ; de même Alibert en faisait-il la limite du « pouvoir d'investigation du juge » sur l'appréciation administrative des faits (264).

La notion, et le terme même, d'opportunité d'un acte juridique sont d'ailleurs ambigus, et cette référence peut paraître d'autant plus délicate qu'elle a naguère été avancée à l'appui de pouvoirs discrétionnaires qu'on n'admettrait plus aujourd'hui, et que son principe même a donné lieu à controverses doctrinales.

Il est vrai qu'en soi, l'opportunité et le contrôle juridictionnel ne sont pas nécessairement antinomiques. L'opportunité d'un acte est l'une de ses qualités : son à-propos, son utilité, et sa valeur pratiques, compte tenu des circonstances d'espèce, de lieu, et d'époque, au-delà de la validité de ses fondements mêmes.

En-dehors des cas où la loi rendait obligatoire l'émission d'un acte au vu de telles ou telles circonstances, le droit laisse bien ainsi généralement place à un tel jugement d'opportunité, ne serait-ce que sur le point de savoir si les conditions de principe étant remplies pour que l'Administration « puisse » prendre un acte, il « convenait »

(263) Jèze, chroniques, R.D.P., 1909, p. 685, R.D.P., 1917, p. 445, R.D.P., 1953, p. 1, et « Principes généraux du droit administratif », tome 3, p. 266.

(264) Alibert, *op. cit.*, p. 52.

effectivement de le prendre compte tenu des circonstances de temps ou de lieu.. L'opportunité d'un acte peut encore s'apprécier en termes financiers, ou politiques. Il serait d'ailleurs difficiles et périlleux de poser systématiquement une condition d'opportunité à la validité des actes, et pour le juge d'en vérifier la concrétisation. Il reste que l'opportunité d'un acte n'est pas par nature étrangère à sa légalité et à son bien-fondé, donc à son contrôle juridictionnel, comme l'a souligné M. Dubisson dans sa thèse (265). Ce point de vue a également été mis en lumière par M. Waline qui rappelait en 1956 qu'« il y a bien des cas où une décision ne peut être prise que si elle est nécessaire. Or, la nécessité n'est que le superlatif de l'opportunité, et à ce titre, trancher une question de nécessité est a fortiori trancher une question d'opportunité » (266).

La thèse de l'opportunité consiste alors essentiellement à plaider le maintien hors de l'emprise du juge de tout ce qui, dans l'élaboration de l'acte, s'apparente davantage à une appréciation pratique d'opportunité qu'à un raisonnement juridique strict.

En l'absence de conditions légales, et sous réserve des normes qui s'imposent dans l'exercice de toutes compétences, l'émission d'un acte serait naturellement toute d'opportunité. Mais, plus généralement, les appréciations d'espèce trop subtiles et mettant en cause trop d'intérêts, quant à l'utilité de certaines mesures, devrait laisser place à une libre détermination administrative. Par exemple, faisait observer Jèze, « il se peut que l'intérêt public exige qu'un jugement régulier passé en force de chose jugée ne soit pas exécuté à cause du trouble social plus grand qui résulterait de l'exécution de la sentence. Il y a là question d'opportunité dont l'appréciation appartient aux gouvernants et à eux seuls » (267).

La discrétion du juge se fonderait alors plus spécialement sur la subtilité de semblables appréciations, qui rendrait son contrôle aléatoire, et d'une utilité éventuellement restreinte. Dans sa grande étude sur le pouvoir discrétionnaire, M. Waline le notait : « le juge est trop loin... il statue trop tard... il n'a pas l'habitude des situations auxquelles il s'agit de parer » (268). Quel contrôle effectuer de la « nécessité » d'une intervention ? du caractère « exceptionnel » des circonstances ? du degré suffisant d'« intérêt public » ? Dans ces diverses hypothèses, la notion de vérité légale qui justifie le principe même du recours contentieux laisse place, il faut l'admettre, à une interprétation multivoque des faits, plusieurs solutions étant

(265) Cf. Dubisson : « La distinction de la légalité et de l'opportunité dans la théorie du recours pour excès de pouvoir ». — Réglade : « Du prétendu contrôle juridictionnel de l'opportunité », R.D.P., 1925, p. 413. — Waline : « Le pouvoir discrétionnaire de l'Administration », R.D.P., 1930.197, « Etendue et limites du contrôle du juge de l'excès de pouvoir », E.D.C.E., 1956, p. 29.

(266) Waline, art. préc., E.D.C.E., 1956, p. 29.

(267) Jèze : « Appréciation par les gouvernants et leurs agents de l'opportunité d'agir », R.D.P., 1943, p. 1.

(268) Waline : « Le pouvoir discrétionnaire de l'Administration », R.D.P., 1930.197, préc.

a priori possibles, et comme ajoutait Michoud, « toutes aussi légales les unes que les autres ». La renonciation du juge reviendrait donc d'abord à reconnaître le caractère essentiellement pratique de l'option administrative. Un annotateur appelait encore récemment que la « subjectivité du juge » n'offre pas nécessairement davantage de garanties à l'administré que celle de l'Administration active, ajoutant que même, « elle en offre plutôt moins dans la mesure où le contentieux est plus éloigné des sources d'information » (269).

Chaque fois qu'il y a place pour une appréciation d'opportunité, le contrôle du juge présenterait donc à la limite des inconvénients. Bien des auteurs ont ainsi souligné la nécessité pour les autorités administratives d'apprécier librement, en fonction des intérêts pratiques de leur action, les circonstances dans lesquelles ils ont à statuer et la portée à leur attribuer au regard des conditions légales. Giraud n'allait-il pas jusqu'à plaider que « des administrateurs parfaitement respectueux de la légalité peuvent être de piètres administrateurs s'ils sont de mauvais jugement, sans initiative, lents et maladroits » (270). L'indépendance, condition de la souplesse de son action peut évidemment être indispensable à l'Administration, notamment dans la vie intérieure du service, comme l'ont souligné André Hauriou et M. Venezia.

2) L'argument de la complexité.

Une considération de nature différente peut encore être invoquée pour justifier l'admission du pouvoir discrétionnaire administratif. A côté des appréciations éminemment pratiques dont la vérification ressortirait mal à la mission juridictionnelle, le juge de l'excès de pouvoir devrait éviter de superviser les appréciations de caractère technique trop marqué, et même généralement trop complexes, que sa formation et ses moyens d'investigation ne lui permettent pas de réaliser efficacement.

Le juge lui-même a pris conscience des difficultés qu'il aurait à superviser des appréciations administratives à caractère scientifique, économique, professionnel, esthétique, artistique, etc. M. Letourneur l'admettait par exemple très franchement dans une étude publiée en 1962 : dans ces domaines, notait-il, « le juge devrait en fait se borner à homologuer l'avis des experts qu'il aurait désignés... Il est plus honnête, ajoutait-il, d'affirmer loyalement l'impossibilité de procéder à un contrôle (271). M. Goldenberg avait déjà relevé en 1932 la ressource que la théorie du pouvoir discrétionnaire pourrait tirer de cette technicité (272). Avec le développement de l'interventionnisme professionnel et économique de l'Etat, l'argument des difficultés techniques au contrôle du juge est redevenu à l'ordre du jour. Que l'on songé à l'appréciation de la nocivité d'une spécialité pharmaceutique

(269) J. K., note sous C.E. (S.), 26 octobre 1973, Grassin, A.J.D.A., 1974.37.

(270) Giraud : « Il faut enseigner l'Administration », R.D.P., 1951.337.

(271) Letourneur, art. préc., E.D.C.E., 1962, p. 51.

(272) Goldenberg, *op. cit.*

à laquelle l'Administration prétendrait refuser l'autorisation de mise sur le marché, aux diverses appréciations techniques postulées par le régime du remembrement rural sur la valeur culturelle des parcelles concernées, à l'appréciation de l'intérêt économique ou de l'intérêt général de telle décentralisation industrielle à l'appui de laquelle un avantage fiscal serait sollicité ?

De la même manière, certaines notions de caractère imprécis, sinon technique, se prêteraient mal à un contrôle juridictionnel rigoureux. Par exemple lorsque la règle à mettre en œuvre est elle-même approximative, en postulant une « équivalence », ou une « compatibilité », ou une « aptitude ». Là encore, le contrôle du juge serait inadapté, en tout cas devrait reconnaître l'impossibilité d'une vérification objective plénière du jugement porté par l'Administration dans les espèces qui lui étaient soumises, indépendamment même de la part d'opportunité dont il paraîtrait convenir de réserver la liberté d'appréciation à l'Administration dans leur mise en œuvre.

On va voir cependant qu'à ces « tentations » du pouvoir discrétionnaire, le Conseil d'Etat a su répondre par une recherche plus approfondie de l'étendue « raisonnable » à donner à son contrôle et donc aux libres appréciations administratives.

Section II

LA RECHERCHE JURISPRUDENTIELLE D'UN DOMAINE RAISONNABLE DE POUVOIR DISCRETIONNAIRE

En pratique, le clivage du droit positif entre le domaine du contrôle juridictionnel et celui du pouvoir discrétionnaire est extrêmement complexe. Peu de secteurs de notre régime administratif illustrent même à ce point l'« impressionnisme jurisprudentiel » qu'après l'époque des grandes systématisations la doctrine se plaît souvent à souligner.

A la limite, les mille subtilités du contentieux et ses incessantes oscillations ont de quoi dérouter l'observateur, et l'on en vient à se demander, comme le fait M. Landon, si elles s'expliquent autrement que par le simple fait « qu'ainsi en a décidé le Conseil d'Etat... parce que le bien public et l'équité dont il est le souverain appréciateur dans la part qui lui a été commise lui ont paru l'imposer de la sorte » (273).

En réalité, la délimitation par le juge du domaine de son contrôle ne relève ni de l'automatisme ni de l'arbitraire. Il est exact qu'au-

(273) Landon : « Histoire abrégée du recours pour excès de pouvoir », p. 166.

cune zone de pouvoir discrétionnaire ne s'impose jamais au juge ; l'affirmation de M. Venezia suivant laquelle le pouvoir discrétionnaire est « une réalité extérieure au juge et contre laquelle son contrôle vient se briser » est sans doute excessive (274). La réduction constante du nombre des appréciations réputées discrétionnaires illustre bien d'ailleurs la maîtrise que le juge de l'excès de pouvoir entend conserver sur la délimitation du domaine de son contrôle.

Mais, pour autant, s'il n'y a pas de critère sûr de détermination du pouvoir discrétionnaire, il n'en existe pas moins une méthode jurisprudentielle qui se dégage bien des grands secteurs du contentieux ainsi que des raisonnements suivis dans leurs conclusions par les Commissaires du Gouvernement.

M. Letourneur a employé à cet égard une formule caractéristique en parlant de la recherche par le juge d'« un point d'équilibre entre les droits de l'Administration et les droits des citoyens » (275). Le Conseil d'Etat s'efforce en effet de concilier les arguments puissants qui militent en faveur de l'admission de certains pouvoirs discrétionnaires, et les nécessités non moins pressantes de son contrôle et des garanties qu'il estime devoir apporter aux droits et intérêts individuels.

Concrètement, cette méthode jurisprudentielle comporte fondamentalement deux perspectives que le Commissaire du Gouvernement Rigaud soulignait en 1968 dans ses conclusions à l'affaire Bachex ; il s'agit d'une part du point de vue de « la nature même des questions à trancher » (paragraphe 1), et d'autre part de la prise en considération de « l'importance de leurs conséquences », c'est-à-dire du point de vue des intérêts en cause (paragraphe 2).

1) Le point de vue de la nature des questions à trancher.

C'est là essentiellement le point de vue des « arguments » du pouvoir discrétionnaire auxquels le Conseil d'Etat ne peut en effet demeurer insensible. Le caractère d'opportunité de l'appréciation en cause, sa subtilité, l'indétermination de ses bases, sa prédominance pratique, sa technicité, sont ainsi volontiers présentés par les Commissaires du Gouvernement comme limitant a priori le contrôle juridictionnel (276) ; l'« opportunité » est plus spécialement présentée en jurisprudence comme exclusive de tout contrôle juridictionnel et donc de toute emprise du juge de l'excès de pouvoir (277).

C'est ainsi que le juge évite en principe de superviser le contenu d'appréciations administratives qui ne correspondent à aucune condition

(274) Venezia, *op. cit.*, p. 102.

(275) Letourneur, art. préc., E.D.C.E., 1962.51.

(276) Par ex. Baudouin, concl. sous C.E. (S.), 17 novembre 1965, époux Planty, A.J.P.I., 1960, p. 603. — Braibant, concl. sous C.E. (S.), 24 avril 1964, Villard, Dr. Soc., 1964.441 ; et sous C.E. (Ass.), 28 mai 1971, Ministre de l'Equipement et du Logement c. Fédération des personnes concernées par le projet actuellement dénommé « Ville Nouvelle Est », Rec. 410, A.J.D.A., 1971.463.

(277) Odent, cours préc., pp. 1578 ss.

légale précise et dont la mise en œuvre paraît impliquer des appréciations d'opportunité.

Tel est évidemment le cas des appréciations administratives qui ne sont pas juridiquement conditionnées. Exceptionnellement c'est d'ailleurs l'ensemble de l'acte qui sera alors considéré comme d'émission en opportunité, sous réserve de l'erreur de fait, du détournement de pouvoir ou autres erreurs de droit, et ainsi pourrait-il en aller d'actes de pure faveur (278), ou d'actes ne touchant aucun intérêt privé ni même de réels intérêts publics comme les dénominations des voies (279). Plus souvent, c'est au moins une partie de l'émission de l'acte que le juge considérera comme affranchie de conditionnement, et donc laissera hors de son contrôle (280), et il en ira spécialement ainsi du fait d'avoir édicté un acte dès lors que les conditions en sont réunies même si cette décision peut présenter des inconvénients pratiques dans ses effets compte tenu de sa nature ou des circonstances de son émission (281) ; il est vrai que le juge peut toujours définir de son chef l'existence de conditions « légales » à l'émission de tel ou tel acte, ou interpréter extensivement celles posées par les textes, et donc déplacer la frontière de l'opportunité.

Il reste qu'il y a là un premier seuil de pouvoir discrétionnaire, et contrairement à ce que le recours occasionnel de la jurisprudence d'excès de pouvoir à l'expression « abus de pouvoir » avait pu laisser entrevoir au Doyen Bonnard (282), il ne paraît pas qu'il puisse y avoir un contrôle d'excès de pouvoir distinct de l'illicéité (283).

Justement, le problème est davantage en pratique celui de savoir si le juge supervisera la mise en œuvre des conditions parfois très plastiques (comme la condition d'intérêt ou d'utilité publique, d'intérêt du service), ou en tout cas très imprécises (comme une condition de « besoin reconnu » ou de « circonstance impérieuse ») auxquelles la validité d'un acte peut se trouver subordonnée.

(278) Par ex. C.E. (S.), 6 mars 1931, Barthélemy, D.H., 1931.226. — C.E., 22 avril 1963, Emir Said Abdelkader, Rec. 238. — T.A. Paris, 4 mai 1965, commune de Sallanches, Rec. 745. — C.E., 5 mai 1971, Centre Hospitalier de Poissy (Yvelines), Rec. (Tab.), p. 1164.

(279) Cf. C.E. (S.), 9 janvier 1953, ville de Lisieux, D. 1953.391, concl. Guionin. — T.A. Paris, 25 janvier 1971, Seigneur et Antier, Rec. 814, et aussi C.E. (S.), 18 octobre 1968, ville de Sceaux, Rec. 496.

(280) Par ex. C.E., 21 juillet 1972, Fédération syndicale chrétienne des travailleurs des postes, Rec. (Tab.), 1202, ou C.E., 10 novembre 1972, Association pour le service médical scientifique français, Rec. 725. — C.E., 15 mars 1974, Entreprise Georges Dobrouckess, Rec. 186.

(281) Cf. C.E. (S.), 2 mars 1962, Union nationale des chambres syndicales des minotiers, Rec. 141, D. 1962.605, concl. Nicolai, ou C.E., 18 avril 1969, communes de Sireix, Estaing et autres, Rec. 205, C.E., 9 avril 1976, S.G.E.N.

(282) Cf. Bonnard, note s. C.E. 12 novembre 1929, Compagnie des mines de Siguini, S. 1930.3.17.

(283) Cf. Dubouis : « La théorie de l'abus de droit dans la jurisprudence administrative », 1962. — Goy : « L'abus de droit en droit administratif français », R.D.P. 1962.1.

Effectivement, on voit parfois le juge dégager le caractère discrétionnaire de certaines appréciations administratives, non point du silence de la loi, relativement rare en pratique et auquel d'ailleurs on l'a vu souvent suppléer, mais de ce que M. Galmot a appelé un jour « le caractère extraordinairement flou des formules utilisées par les textes » (284) et il citait en exemple le cas de certaines compétences de police conférées par la loi au pouvoir exécutif dans des circonstances exceptionnelles de crise politique nationale. Le Conseil d'Etat a ainsi refusé de vérifier si l'Administration avait bien fait de qualifier tel individu comme « dangereux pour la défense nationale » au titre de l'ordonnance du 4 octobre 1944, ou comme ayant une activité « qui s'avère dangereuse pour la sécurité et l'ordre public » dans le cadre du décret du 17 mars 1956. Divers textes édictés par voie d'ordonnances ou de décisions présidentielles de l'article 16 à l'époque de la guerre d'Algérie furent également considérés comme ouvrant à l'Administration un pouvoir discrétionnaire d'appréciation des circonstances (284 bis).

L'arrêt « Groupement de défense des riverains » de 1961 illustre bien encore cette réserve du juge dans la mise en œuvre de notions dont la nature lui paraîtrait trop vague et incertaine pour en permettre un contrôle juridique (285). Il s'agissait alors de savoir si l'Etat avait valablement pu concéder la construction et l'exploitation d'une certaine autoroute, la loi ne l'y autorisant que « pour des cas exceptionnels ». Le Commissaire du Gouvernement Kahn soutenait quant à lui, en s'appuyant sur les travaux préparatoires de la loi, que « le projet n'aurait jamais été voté par l'Assemblée Nationale s'il avait laissé au Gouvernement la faculté d'utiliser sans restriction le procédé de la concession » ; l'Assemblée du Contentieux jugea cependant la formule trop vague et décida « qu'en l'absence d'autres précisions, il appartenait à l'auteur de l'acte déclaratif d'utilité publique d'apprécier s'il y a lieu ou non de faire usage de la faculté ouverte par la loi », se refusant dès lors à discuter de « l'opportunité de cette décision ». On peut encore citer cet arrêt Planty de 1965, où la Section se retrancha derrière « la généralité des termes employés » pour refuser de vérifier si le préfet avait bien fait d'accorder un permis de construire pour une construction qui dépassait les normes réglementaires mais qui serait néanmoins acceptable « compte tenu de l'environnement général et des nécessités d'architecture propres au projet considéré » ; aussi bien le Commissaire du Gouvernement M. Baudouin avait-il estimé qu'il n'y avait là « qu'une pseudo-condition légale qui sert à marquer, disait-il, une appréciation de pure opportunité » (285 bis).

(284) Galmot, concl. s. C.E. (S.), 5 fév. 1965, Association « Comité d'entente pour l'Algérie française », Rec. 73.

(284 bis) Cf. C.E. (S.), 5 févr. 1965, Association « Comité d'entente pour l'Algérie française », précité. — C.E. 13 juillet 1965, Gauthier, Rec. 436, A.J.D.A. 1965. 466. — Cf. Lamarque : « L'art. 16 de la Constitution, bilan de jurisprudence », Mélanges Brêthe de la Gressaye, p. 423.

(285) C.E. (Ass.), 30 juin 1961, Groupement de défense des riverains de la route de l'intérieur », Rec. 452, D. 1961.663, concl. Kahn.

(285 bis) C.E. (S.), 17 janv. 1965, Epoux Planty, précité.

Le fait que les textes aient bien précisé le caractère de simple faculté de la compétence administrative sera également considéré comme un élément important pour le juge dans sa reconnaissance d'un libre pouvoir d'appréciation. Ainsi le juge a-t-il considéré que le décret du 30 novembre 1961 selon lequel le permis de construire « peut » être refusé en cas d'atteinte au site ou à l'intérêt des lieux avoisinants, impliquait une possibilité de libre appréciation pour accorder ce permis malgré la survenance de cette condition, alors qu'en revanche le contrôle du juge devait être complet en cas de refus du permis, le Ministre ayant compétence liée pour accorder le permis si les conditions légales n'étaient pas réunies (286). Notre droit connaît d'autres exemples de compétences ainsi « dyssymétriques » (287).

La complexité, et plus spécialement la technicité, sont également souvent invoquées par les Commissaires du Gouvernement pour inviter le juge à décliner son contrôle. En tel cas, comme l'a écrit M. Odent, le juge « renonce à l'exercer plutôt que de donner l'illusion qu'il l'exerce » (288), préférant s'assurer, comme lorsque la question lui paraît trop empreinte de jugement d'opportunité, que l'Administration a bien procédé à un examen sérieux des circonstances de l'affaire et qu'elle s'est mise dans les meilleures conditions pour statuer efficacement.

L'illustration la plus caractéristique de cette jurisprudence est relative aux appréciations scientifiques, telle que l'appréciation des dangers d'une spécialité pharmaceutique pour la santé publique dans la mise en œuvre de l'article L. 601 du Code de la Santé Publique (289), ou encore la toxicité d'une lotion capillaire (290), ou l'appréciation de la valeur d'une pièce de théâtre refusée par le Comité de lecture de la Comédie Française (291), et celle portée par l'Institut National des Appellations d'Origine sur la qualité des vins (292).

(286) Cf. par ex. C.E., 28 mars 1973, Association de défense des habitants de la région de Vernon, Rec. 262. — C.E., 2 mars 1973, Ministre de l'Équipement et du Logement et Société civile Immobilière « la Tour de Malakoff », Rec. 184, cette jurisprudence étant cependant tempérée par le possible contrôle d'erreur manifeste. Cf. aussi C.E. (Ass.), 29 mars 1968, Société du lotissement de la plage de Pampelonne, Rec. 211, concl. Vught, A.J.D.A., 1968.341 et 335, R.D.P., 1969.320, concl. Vught. — C.E., 26 avril 1968, Cuniasse, Rec. 266. — C.E. (S.), 16 mars 1973, Guiral, Rec. 228, A.J.D.A., 1973.256, J.C.P. 1973.2.17.436, note Liet-Vaux.

(287) Ainsi la compétence d'autorisation par dérogation de la création d'officines pharmaceutiques, est discrétionnaire en cas de refus mais non en cas d'octroi — cf. *infra*, notes 382 à 384 — et chr. Mme Nauwelaers et Fabius, A.J.D.A., 1976.300.

(288) Odent; cours de contentieux, préc., p. 1564.

(289) C.E. (Ass.), 27 février 1948, Société des Laboratoires du Bac, Rec. 100, D. 1948.J.556. — C.E., 24 mai 1949, Fergand, Rec. 239. — C.E., 22 février 1952, Société des Laboratoires Y., Rec. 133, S. 1952.3.75, note Bouzat. — C.E. (S.), 25 février 1958, Société des Laboratoires Geigy, Rec. 236, concl. Heuman.

(290) C.E. (Ass.), 27 avril 1951, Toni, Rec. 236, S. 1951.3.94.

(291) C.E., 12 février 1954, Palaprat, Rec. 118, R.D.P., 1954.1072, note Waline, A.J.D.A., 1954.277, obs. Long.

(292) C.E. (S.), 14 octobre 1960, Syndicat agricole et viticole de Lalande-Pomerol, Rec. 529, concl. Bernard. — C.E., 20 janvier 1965, Lecointre, A.J.D.A., 1966.590, obs. Fromont.

Parfois, cette « technicité » se combine avec la subtilité même de l'appréciation en cause. C'est ainsi le cas de l'appréciation d'un Conseil de classe quant à l'« aptitude (d'un élève) à poursuivre ses études dans les établissements publics qui dispensent un enseignement général » (293). Il en est allé de même dans le régime de la « notoriété médicale » dont la reconnaissance est subordonnée à une appréciation de la valeur des titres des médecins, ainsi qu'à celle de leur autorité scientifique ou professionnelle (294).

Le juge n'a cependant pas tardé à découvrir que les notions d'opportunité et de technicité, trop largement comprises, risquaient bien en fait d'hypothéquer définitivement l'exercice de son contrôle d'excès de pouvoir. Les lois aux formules imprécises ne sont-elles point souvent les plus menaçantes ? La technicité et la complexité croissantes de l'action administrative doivent-elles vraiment légitimer son affranchissement vis-à-vis de tout contrôle contentieux ? A trop vouloir justifier le pouvoir discrétionnaire, on finirait par y faire entrer en entier des secteurs aussi considérables de notre Droit Administratif que ceux de l'urbanisme, du remembrement rural ou de l'interventionnisme économique qui touchent pourtant de plus en plus près à l'activité quotidienne de chacun.

En réalité, on va voir que le Conseil d'Etat ne se considère jamais comme définitivement lié par les difficultés de son contrôle et par la nature complexe des appréciations litigieuses. On a d'ailleurs pu déjà constater comment par exemple en matière de motifs surabondants ou de recherche du but déterminant le juge de l'excès de pouvoir n'hésitait pas à procéder à des appréciations extrêmement subtiles et précises ; on a vu aussi comment il n'avait pas hésité, au niveau des motifs légalement admissibles, à collaborer à l'œuvre du législateur en la complétant lorsque le conditionnement légal de la compétence lui semblait insuffisant.

Aussi bien ne s'étonnera-t-on pas que ce même juge, tout en admettant que l'« opportunité » et la « technicité » puissent justifier l'admission d'un pouvoir discrétionnaire, ne s'arrête pas pour autant à ces seuls points de vue, et qu'il tienne également et même parfois surtout compte des intérêts concernés.

2) Le point de vue des intérêts en cause.

Telle est la véritable « clef » de la jurisprudence, celle qui permet d'appréhender vraiment le débat intellectuel au terme duquel le juge de l'excès de pouvoir décide de procéder ou non au contrôle de la portée reconnue par l'agent public aux faits de l'espèce.

Aux « bonnes raisons » du pouvoir discrétionnaire, le juge oppose en effet des facteurs qui tendent au contraire à l'intensification de son contrôle.

(293) C.E., 1^{er} décembre 1965, Néher, Rec. 648.

(294) C.E. (S.), 24 avril 1964, Villard, Rec. 257, Dr. Soc., 1964.441, concl. Braibant, D. 1965.494, note Dupeyroux et Garagnon.

A la complexité et à l'imprécision des textes, il oppose le principe même de la subordination des compétences administratives.

Il y a d'ailleurs longtemps que dans cette perspective la doctrine a mis en cause la soi-disant distinction de principe qui opposerait le domaine de la légalité à celui de l'opportunité (295). Ainsi, Michoud, tout en reconnaissant la valeur de l'argument de l'opportunité pour la théorie du pouvoir discrétionnaire, ajoutait qu'après tout « il peut dépendre d'une loi d'ériger en question de légalité une question que l'opinion commune considère comme question d'opportunité » (296) ; plus précisément il dépendra en pratique du juge de considérer que la forme du conditionnement de la compétence appelle ou non une libre appréciation administrative en opportunité, tout comme il dépendra du juge de définir quand la « technicité » de l'appréciation litigieuse est telle que son contrôle n'y est pas justifié.

Il est déjà révélateur de voir certains arrêts ou certaines conclusions de Commissaires du Gouvernement relever le caractère de faveur de la décision dont ils laissent apprécier les motifs par l'Administration (297), certains arrêts soulignant même très précisément qu'aucun droit des tiers ne se trouve lésé (298).

A l'inverse, l'observation de la jurisprudence révèle que le juge n'hésite jamais à superviser les appréciations administratives les plus subtiles dès lors que l'intérêt du Droit et la garantie des intérêts individuels lui paraissent nécessiter ce contrôle. C'est là un point de vue sur lequel M. Waline a justement insisté dans ses chroniques de jurisprudence en ce qui concerne le problème de l'opportunité (299) : il est en effet des cas, montre-t-il, où la légalité et l'opportunité sont si entremêlées par exemple si la loi dit qu'une mesure ne peut être prise que si elle s'avère « nécessaire », qu'aussi bien « le contrôle de légalité serait alors impossible ou seulement incomplet si le juge s'interdisait toute appréciation d'opportunité » ; en tel cas, fait observer M. Waline, le juge « peut et doit se livrer à cette dernière » (300) ; et en fait, il s'y livre bien, ce qui n'emporte pas que le juge détermine toujours aisément les limites de son contrôle.

a) Les facteurs qui incitent le juge à « forcer », si l'on ose dire, la porte de l'opportunité, comme celle de la technicité, sont pratiquement très variés. Michouc remarquait d'ailleurs déjà que la dé-

(295) Cf. Dubisson : « La distinction de la légalité et de l'opportunité ».

(296) Michoud, art. préc., R.G.A., 1914 et 1915.

(297) En pratique, il s'agira le plus souvent de gratifications, comme dans les affaires « Barthélemy » et « Emir Saïd Abd el Kader », préc. — Cf. aussi C.E. (S.), 9 janvier 1953, ville de Lisieux, D. 1953.391, concl. Guionin (pour une dénomination de rue), cf. *supra*, note 279.

(298) Par ex. C.E., 12 janvier 1962, Canton, Rec. 23.

(299) Cf. chron. in R.D.P., 1952.1035 et in R.D.P., 1954.1072. — Cf. aussi art. préc. in E.D.C.E., 1956, p. 25.

(300) Waline, chron. de jurisprudence, R.D.P., 1952, p. 1035.

termination du domaine des appréciations discrétionnaires devait se faire, disait-il, « d'un point de vue tout pratique » (301).

Le Conseil d'Etat tiendra compte des risques d'abus que favoriserait en certaines matières l'admission d'un trop large pouvoir discrétionnaire, surtout s'il n'existe aucune autre forme de contrôle sur l'action administrative. En 1952, l'Assemblée du Contentieux se décidait ainsi à vérifier la qualification d'« affaires courantes » attribuée par un Gouvernement démissionnaire aux questions faisant l'objet de ses décisions : la loi constitutionnelle posait certes cette condition à la compétence gouvernementale mais l'absence de toute définition des « affaires courantes » aurait fort bien pu justifier une abstention du juge. Si le Conseil d'Etat préféra superviser l'appréciation administrative, ce fut surtout parce que l'enjeu lui parut trop important pour pouvoir laisser le Gouvernement seul juge du caractère « courant » des affaires traitées par lui-même ; l'arrêt faisait également valoir que sous l'empire de la loi constitutionnelle du 2 novembre 1945 alors concernée les actes du Gouvernement démissionnaire ne pouvaient même pas être supervisés par un Chef de l'Etat indépendant du Cabinet, les fonctions de Chef de l'Etat et de Président du Conseil étant à cette époque confondues (302).

Dans les matières techniques, le juge n'est pas non plus insensible aux garanties indirectes que peut ou non apporter la structure et la composition de l'organe compétent ; ainsi M. Baudouin soulignait-il, dans ses conclusions à l'affaire Planty, qu'on pouvait d'autant moins craindre un abus par l'Administration de son pouvoir discrétionnaire que la décision litigieuse ne pouvait être prise formellement « qu'après avis de la section spéciale du permis de construire, ce qui ajoutait-il, offre certaines garanties aux administrés » (303).

Mais ce sont surtout les implications de l'acte sur les droits et intérêts des personnes concernées par la décision qui déterminent pratiquement le juge à élargir parfois le domaine de son contrôle juridictionnel des motifs. Il s'efforce en effet alors de sanctionner par son contrôle la spécialité qu'il reconnaît au pouvoir de l'Administration.

L'ancienne affaire de la Compagnie des Mines de Courrières jugée en 1925 illustre bien ce souci du juge et la prééminence qu'il lui donne sur tous obstacles que l'exercice de son contrôle pourrait rencontrer. Il s'agissait alors de savoir si le préfet avait eu raison de considérer l'occupation de certains terrains comme « nécessaire » à l'exploitation d'une mine concédée, cette nécessité étant en effet la condition posée par la loi de 1810 à l'autorisation d'occupation de ces nouveaux ter-

(301) Michoud, art. préc., R.G.A., 1914 et 1915.

(302) C.E. (Ass.), 4 avril 1952, Syndicat Régional des Quotidiens d'Algérie, S. 1952.3.49, concl. Delvolvé, R.D.P., 1952.1035, chron. Waline. — C.E. (Ass.), 19 octobre 1962, Brocas, Rec. 553, A.J.D.A., 1962, pp. 626 et 612, chr. de Laubadère, D. 1962.701, concl. Bertrand.

(303) C.E. (S.), 5 mars, Pernod, Rec. 145. — A.J.D.A., 1965.II.230, concl. Fournier. — Même jour, Société civile « Les Jardins de Cimez », même réf. — V. aussi C.E., 13 juillet 1967, Melot et autres, Rec. 338, A.J.P.I., 1967.976.

rains par le concessionnaire. Dans ses conclusions, le Commissaire du Gouvernement M. Cahen-Salvador, avouait d'ailleurs sa perplexité devant le point de savoir s'il convenait que le juge vérifiât cette « nécessité » qui n'avait été nulle part plus précisément définie ; il proposa pourtant au Conseil d'en réaliser le contrôle car « quel serait autrement, disait-il, le contre-poids au pouvoir exorbitant ainsi donné au préfet ? ». De manière non moins révélatrice, l'arrêt relève « qu'il appartient au Conseil d'Etat, juge de la légalité de l'arrêt d'occupation, de déterminer dans chaque affaire si cette nécessité s'impose, condition en l'absence de laquelle l'occupation serait illégale » (304).

Les exemples sont nombreux et variés où le Conseil d'Etat sait ainsi dépasser les difficultés d'exercice de son contrôle pour assurer une efficace garantie des intérêts concernés. Sa jurisprudence des « circonstances exceptionnelles » en tant qu'elles permettent l'accomplissement d'actes qui seraient autrement illégaux en est une autre illustration. Citons encore son contrôle de la « représentativité » d'un syndicat ou d'une organisation professionnelle dont l'activité se trouve légalement subordonnée à la reconnaissance de ce caractère (305) ; de même, en raison des conséquences qu'y attachait le législateur, le Conseil d'Etat a également vérifié le caractère d'« organisme de la résistance » malgré l'absence de définition légale de cette qualité et les inévitables difficultés de son contrôle en la matière lorsque de tels organismes avaient eu une existence clandestine (306).

Lorsqu'une liberté publique jugée essentielle par le Conseil d'Etat se trouve concernée, on peut dire que pratiquement le contrôle plénier de l'appréciation administrative est « de droit », quelles que soient a priori les difficultés de mise en œuvre de ce contrôle.

Le contentieux des mesures de police municipale en fournit certainement le plus bel exemple.

La vérification contentieuse de l'appréciation administrative de la nécessité de lutter contre une menace de désordre y est en effet particulièrement complexe. Sans ses conclusions à l'affaire Oliver, en 1909, le Commissaire du Gouvernement Chardenet en soulignait ainsi à l'adresse du Conseil le caractère « souvent fort délicat pour vous, disait-il, qui êtes loin des communes et qui ne trouvez dans le dossier qu'un bien pâle reflet des animosités ou des dissensions locales » (307) ; Achille Mestre reconnaissait également l'inévitable subjectivité à laquelle se condamnerait le juge en cherchant à se faire « une opinion sur l'état d'esprit de la population » (308). Or, justement, en droit positif, la po-

(304) C.E., 4 décembre 1925, Leroy, Delvallez et Bailleul c. Compagnie des Mines de Courrières, Rec. 982, D. 1926.3.6, concl. Cahen-Salvador.

(305) C.E. (S.), 13 juin 1958, C.F.T.C., Rec. 354. — C.E. (S.), 26 octobre 1973, Fédération nationale des syndicats indépendants des industries chimiques, Rec. 599.

(306) C.E. (S.), 11 mai 1962, Foucher-Créteau, Rec. 319, concl. Braibant.

(307) Concl. Chardenet sous C.E., 19 février 1909, Olivier, Rec. 182, D. 1910.3. 123. — Cf. Teitgen : « La police municipale », Nancy, 1925. — Bon : « La police municipale », thèse, Bordeaux, 1975.

(308) Mestre, note sous C.E. (Ass.), 19 mai 1933, Benjamin, et Syndicat d'initiative de Nevers, S. 1933.3.1.

lice municipale constitue un cas privilégié de contrôle plénier du juge. En effet, le Conseil d'Etat y vérifie non seulement si les faits retenus constituaient bien une menace telle que l'ordre public s'en trouvait menacé, mais encore si le degré de gravité de cette menace était tel que des mesures moins sévères n'eussent point suffi à permettre le maintien de l'ordre.

Cette solution est d'ailleurs ancienne. Le Commissaire du Gouvernement Chardenet l'avait en définitive proposée au Conseil d'Etat dans l'affaire Olivier au nom de la liberté du culte qui se trouvait en cause ; l'Assemblée du Contentieux l'a consacré définitivement en 1933 à l'occasion de la célèbre affaire Benjamin, conformément aux conclusions de M. Michel (309). Le Conseil d'Etat fut d'ailleurs parfaitement conscient de son audace. Aussi bien est-ce à l'occasion de l'affaire Olivier que M. Chardenet se crut obligé, pour mieux justifier le contrôle du juge, d'invoquer le « rôle de supérieur hiérarchique des autorités administratives » qu'il lui reviendrait d'exercer ; la terminologie même des arrêts fut un moment hésitante, le juge parlant alors d'« usage abusif » par le maire de ses pouvoirs de police, comme si la notion classique d'excès de pouvoir ou d'illégalité lui semblait dépassée par la mise en œuvre de ce contrôle juridictionnel (310). En termes juridiques, ce contrôle approfondi des motifs des actes de police n'en est pas moins parfaitement justifié. Comme l'a montré M. Waline, on peut dire qu'il se justifie par la nécessité de « résoudre un conflit de lois » (311) : l'existence des libertés publiques et le caractère de principe que leur confère notre système de Droit postulent en effet que les autorités administratives ne recourent qu'exceptionnellement à leurs pouvoirs de police ; le contrôle juridictionnel le plus étroit est la garantie même de la conciliation qui doit ainsi être faite entre les nécessités de l'ordre et celles de la liberté. Aussi bien Hauriou approuvait-il cette jurisprudence destinée selon lui à préserver l'« équilibre... des pouvoirs et des libertés » (312). Cette jurisprudence a ainsi permis une efficace protection de la liberté de réunion, que concernait justement l'arrêt Benjamin (313), de la liberté de circulation qui était déjà en cause dans l'affaire Castillon du Per-

(309) C.E. (Ass.), 19 mai 1933, Benjamin et Syndicat d'Initiative de Nevers, Rec. 541, S. 1933.3.1, n. Mestre, concl. Michel, Gr. Ar., n° 52, p. 209.

(310) Cf. C.E., 13 juin 1913, Castillon du Perron, Rec. 659. — C.E., 17 novembre 1924, Club Indépendant Sportif Chalonnais, Rec. 864. — D.P. 1924.3.58, concl. Cañen-Salvador. — C.E., 27 janvier 1927, Sucrerie et Raffinerie de Briennon, S. 1928.3.84. Cf. sur cette question Dubouis : « La théorie de l'abus de droit et la jurisprudence administrative », thèse, et Goy : « L'abus de droit en droit administratif français », R.D.P., 1962.1 s.

(311) Waline : « Le pouvoir discrétionnaire de l'Administration », R.D.P., 1930, pp. 197 ss., notamment p. 222, et la bibl. citée note 265.

(312) Hauriou : « Police juridique et fond du droit », R.T.D.C., 1926, pp. 265 ss. (not. p. 282).

(313) Cf. aussi C.E. (S.), 5 février 1937, Bujadoux, Rec. 153, D. 1938.3.19, n. La-grange. — C.E. (S.), 27 novembre 1959, Ministre de l'Intérieur c. Salem, Rec. 632.

ron (314), de la liberté d'activité professionnelle (315) ou de la liberté des cultes avec la jurisprudence sur les processions traditionnelles et les sonneries de cloches grâce à laquelle il n'est sans doute pas excessif de dire que le Conseil d'Etat contribua à la moralisation de la vie politique locale du début du siècle (316). Depuis une quinzaine d'années, la vérification par le juge de la menace qu'une projection cinématographique fait peser sur l'ordre ou la moralité publique locale a encore été l'occasion pour les tribunaux administratifs d'avancer très loin dans la voie de cette espèce de tutelle contentieuse qu'ils font peser sur les pouvoirs de police du maire (317).

Aussi bien n'est-ce jamais que de façon très exceptionnelle et pour des raisons elles-mêmes exceptionnelles que le Conseil d'Etat accepte parfois de reconnaître à l'Administration un pouvoir d'appréciation dans l'exercice de ses pouvoirs de police.

La jurisprudence se montre par exemple moins soucieuse des droits des étrangers que de ceux des nationaux français. C'est ainsi que l'Administration apprécie discrétionnairement la portée des faits qui l'ont conduit à estimer la présence d'un étranger comme constituant « une menace pour l'ordre public et le crédit public », et à décider son expulsion pour cette cause conformément aux dispositions de l'ordonnance du 2 novembre 1945 (318) ; le juge ne contrôle pas non plus l'appréciation administrative qui fonde un refus d'autorisation à la constitution d'une association d'étrangers (319), ou la restriction apportée par les Pouvoirs publics à la diffusion d'écrits de provenance étrangère (320). L'imprécision des textes explique en partie ces solutions, mais l'explication en est plus profonde, le juge ne s'arrêtant jamais automatiquement à un tel argument de texte. Aussi les Commissaires du Gouvernement évoquent-ils parfois le contexte propre de

(314) Cf. aussi C.E., 22 février 1961, Lagoutte et Robin, Rec. 135. — C.E. (S.), 22 février 1963, commune de Gavarnie, Rec. 113, R.D.P., 1963.1019, n. Waline. — C.E., 13 décembre 1968, Normand, R.D.P., 1969.766.

(315) C.E. (Ass.), 22 juin 1951, Daudignac, Rec. 362, D. 1952.589, concl. Gazier, note J.C. Long, Weil et Braibant, Grands Arrêts, n° 82. — Cf. aussi C.E., 13 mars 1968, Leroy, Rec. 179, A.J.D.A., 1968.222, chr. Massot et Dewost. — C.E. (S.), 5 juillet 1974, Syndicat patronal du photofilage, Rec. 399. — V. F. Dreyfus : « La liberté du commerce et de l'industrie », pp. 143 ss.

(316) Cf. l'arrêt Olivier, préc. — Cf. Loschack : « Le rôle politique du juge administratif », pp. 275 ss.

(317) C.E., 18 décembre 1959, Société « Les films Lutetia », Rec. 693, S. 1960.94, concl. Mayras, Long, Weil et Braibant, Grands Arrêts, n° 101. — Cf. Hourticq : « Maires et cinémas », départements et communes, février 1961, p. 9. — Bon, *op. cit.*, pp. 177 ss.

(318) C.E., 13 juin 1952, Meyer, Rec. 312. — C.E. (S.), 24 octobre 1952, Eckert, Rec. 407. — C.E., 26 mai 1963, Malpelli, Rec. (Tab.), 945. — C.E., 20 mai 1970, Ghomari, Rec. (Tab.), 945, R.D.P., 1971.763.

(319) C.E. (S.), 22 novembre 1955, Association franco-russe dite Romskey-Dom, Rec. 502, *Rev. Adm.*, 1955.404, concl. Heuman. — T.A. Paris, 11 juin 1971, Fédération internationale des archives du film, Rec. 809.

(320) C.E. (S.), 4 juin 1954, Joudoux et Riaux, Rec. 346. — C.E., 17 décembre 1958, Société Olympia Press, D. 1959.175, concl. Braibant. — C.E., 10 décembre 1964, Société Olympia Press, Rec. (Tab.), 959, R.D.P., 1964.854.

la situation des étrangers, leurs moindres droits, l'aspect politique éventuel de leur police, ou les liens de leur statut avec les relations internationales de la France (321). En matière d'expulsions, le juge a d'ailleurs limité la portée du pouvoir discrétionnaire en supervisant depuis 1955 l'appréciation administrative de l'« urgence » qui justifie la privation pour l'intéressé de l'audition préalable par une commission (322). D'autres tendances au renforcement des droits des étrangers se manifestent en doctrine, en législation, et en jurisprudence, notamment pour les étrangers ressortissants d'un autre Etat de la C.E.E. (323).

En dehors de ce régime particulier des étrangers, il est beaucoup plus rare de voir admettre une restriction au contrôle du juge sur des attentatoires aux libertés publiques. On l'a certes vu reconnaître ce pouvoir discrétionnaire à propos de textes instituant certaines compétences exceptionnelles de police ; le laxisme des textes et la volonté évidente de l'instituteur de la compétence de conférer à l'Administration des larges pouvoirs d'appréciation ont pu alors influencer le juge ; comme le soulignait en 1965 M. Galmot, il n'y en aurait pas moins une condition à la reconnaissance de ce pouvoir discrétionnaire : il faudrait que ces pouvoirs soient seulement destinés à résoudre « une crise passagère » et donc que leur application « soit limitée dans le temps » (324). Si certains pouvoirs de police institués à l'époque de la Libération ou de l'affaire d'Algérie n'ont ainsi été soumis qu'à un contrôle « minimum » (325), en revanche, le Conseil d'Etat exerce par exemple un contrôle normal sur l'application par le Gouvernement de la loi du 10 janvier 1936 qui lui permet de dissoudre les associations ou ligues qui provoqueraient des manifestations armées ou auraient pour but d'attenter à la forme républicaine du gouvernement (326).

La police des « spectacles de curiosités », jadis concédée au pouvoir discrétionnaire, en a d'autre part été retirée (327) comme d'ailleurs la police spéciale des films cinématographiques qui est entre les mains du Ministre chargé de l'information (328). En matière de li-

(321) Concl. Laurent sous C.E. (Ass.), 18 mars 1955, Hamou ben Brahim, R.J.P.U.F. (Penant), 1955.405, concl. Heuman sous C.E. (S.), 22 avril 1955, Association franco-russe Romsy-Dom, préc., note 319.

(322) Cf. C.E. (Ass.), 18 mars 1955, Hamou ben Brahim, Rec. 168, R.J.P.U.F. (Penant), 1955.405, concl. Laurent. — Par ex. C.E., 16 janvier 1970, Mohand Tayeb, Rec. 25, et dans le cadre de l'application d'une convention d'établissement particulière : C.E. (S.), 11 décembre 1970, demoiselle Bentz, Rec. 763, A.J.D.A., 1971.2.243.

(323) Cf. *infra*, note 459, et le numéro spécial de *Droit Social*, mai 1976.

(324) Galmot, concl. sous C.E. (S.), 5 février 1965, Comité d'entente pour l'Algérie Française, Rec. 73.

(325) Cf. *supra*, p. 211.

(326) C.E. (Ass.), 27 novembre 1936, Association « Le Mouvement Français des Croix de Feu », Rec. 1039, D. 1936.3.79, concl. Detton. — C.E., 13 janvier 1971, Geismar, Rec. 32.

(327) Cf. C.E. (S.), 11 juillet 1975, Clément et Association pour la défense de la culture et de la musique contemporaine, A.J.D.A., 1975.581 et 564, chr. Boyon et Mme Nauwelaers, D. 1976.213, note Auby.

(328) C.E. (Ass.), 24 janvier 1975, Ministre de l'Information c. Société Paris-Rome-Films, Rec. 57, A.J.D.A., 1975.144 et 131, chr. Franc et Boyon, R.D.P., 1975.286, concl. Rougevin-Baville.

bertés publiques, le contrôle plénier tend donc à devenir la solution de principe. On relèvera cependant par exemple que le contrôle du juge est demeuré « minimum » en ce qui concerne la délivrance des passeports où, souligne encore M. Galmot, « nous retrouvons les éléments d'opportunité relatifs aux relations internationales » (329) ; cette dernière solution n'en était pas moins critiquée déjà en 1923 par Hauriou au nom de « la liberté d'aller et de venir qui est aussi, disait-il, un droit individuel dont le passeport n'est qu'une condition d'exercice » (330).

Ce n'est pas seulement à l'occasion du contentieux des mesures de police administrative que le juge affirme ainsi sa sollicitude pour les libertés fondamentales. Très caractéristique est à cet égard l'intensification du contrôle juridictionnel qui survient chaque fois que le droit de propriété individuelle se trouve directement mis en cause par l'action administrative. La encore, le Conseil d'Etat procède, suivant la belle formule de M. Teissier, à « un dosage méticuleux des sacrifices qu'on peut demander aux intérêts individuels » (331).

Ainsi, lorsqu'en 1911, le législateur institua un régime administratif destiné à protéger les « perspectives monumentales » contre la construction d'édifices qui les dépareraient, bien des raisons auraient pu être retenues par le Conseil d'Etat pour reconnaître à l'Administration un libre pouvoir d'appréciation des lieux et sites méritant cette protection ainsi que de l'atteinte qu'y porterait tel ou tel projet de construction : la loi elle-même ne définissait même pas ce qu'il fallait entendre par perspective monumentale ; sa mise en œuvre comportait en outre indubitablement un aspect technique au nom duquel on n'aurait pas été surpris de voir le juge renoncer à son contrôle. Ce fut pourtant cette législation que l'Assemblée du Palais-Royal choisit pour consacrer en 1914 le principe de son contrôle sur la « qualification juridique » des faits : dans l'arrêt Gomel le Conseil d'Etat se reconnut ainsi parfaitement en mesure de juger que « la place Beauvau ne saurait être regardée dans son ensemble comme formant une perspective monumentale » (332), tandis qu'un peu plus tard il jugeait au contraire que « la place de la Madeleine constitue une perspective monumentale au sens de l'article 18 de la loi du 13 juillet 1911 » (333). Hauriou ne manqua pas de relever l'audace de ce contrôle par lequel il voyait le Conseil « décider comme aurait pu le faire un arbitre artistique », en pur fait, l'arrêt Gomel n'ayant même pas pris le soin de donner cette définition précise de la « perspective monumentale » qui manquait déjà à la loi de 1911.

L'arrêt Gomel explicite d'ailleurs les motifs qui l'ont conduit à exercer ce contrôle : le pouvoir qu'a l'Administration d'assurer la pro-

(329) Cf. concl. Galmot, préc., note 324.

(330) C.E., 22 avril 1921, Leloutre, S. 1923.3.25, n. Hauriou. — C.E. (S.), 14 mai 1948, Imbach, D. 1948.J.226, n. J.G. — C.E., 16 mars 1949, Boimond, R.D.P., 1950.225. — C.E., 11 mai 1960, Car, Rec. 319. — V. *infra*, chapitre 2.

(331) Concl. sous C.E., 5 juin 1908, Marc, Rec. 623.

(332) C.E., 1^{er} mai 1914, Gomel, S. 1917.3.25, n. Hauriou.

(333) C.E., 1^{er} août 1914, Pillot, Rec. 1012.

tection des perspectives monumentales doit en effet « se concilier, souligne-t-il, avec le respect dû au droit de propriété ». Là encore, c'est un « conflit de loi » qui fonde l'exercice du contrôle juridictionnel en dépit de l'apparente justification que la nature de l'appréciation administrative apportait à la thèse du pouvoir discrétionnaire.

Aussi bien le juge vérifie-t-il également de façon très étroite si l'Administration a eu raison de qualifier un site comme présentant un caractère justifiant son assujettissement au régime de la loi de 1930 sur les sites (334), ou de considérer tel immeuble comme méritant bien d'être soumis au statut des monuments historiques de la loi de 1913 (335) et, par exemple, dans l'arrêt Société des Etablissements Deroche de 1962, le Conseil d'Etat fait porter son contrôle sur le point de savoir si les « bâtiments dont s'agit présentent un intérêt archéologique suffisant pour en rendre désirable la conservation » (336).

Comme l'observait récemment M. Waline, « du seul fait en effet que cette inscription (à l'inventaire) détermine la naissance d'obligations causant une gêne plus ou moins considérable à l'exercice normal du droit de propriété et produit ainsi des effets juridiques, les sites et parcelles qui en font l'objet constituent une catégorie juridique » (337) et le juge doit logiquement contrôler l'application qui en a été faite.

Cette jurisprudence ne révèle d'ailleurs pas seulement la prééminence que le juge accorde aux intérêts en cause dans sa recherche du domaine du pouvoir discrétionnaire administratif ; elle illustre aussi la capacité d'adaptation des formes du contrôle juridictionnel à ces questions forcément techniques et complexes. On l'aura ainsi vu ordonner en 1970 une « visite des lieux » en vue de déterminer plus précisément celles des parcelles litigieuses qui méritaient ou non d'être inscrites comme présentant un intérêt historique (338). Il s'agit là

(334) Cf. C.E., 13 mars 1935, Moranville, Rec. 325. — C.E., 19 mars 1948, Société Passy-Mont-Blanc, Rec. 10. — C.E., 29 juin 1955, Société des usines Renault, Rec. 386. — C.E., 10 mars 1961, dame de Bausset, Rec. 176, A.J.D.A., 1961.2.635, note Gardies. — C.E., 22 janvier 1964, Consports de Bovis, Rec. (Tab.), 941. — C.E., 13 mars 1970, dame Benoist d'Anthenay, Rec. 182, A.J.D.A., 1971.222, chr. Denoix de Saint-Marc et Labetoulle, R.D.P., 1971.224, chr. Waline. Ce contrôle n'emporte pas nécessairement une excessive sévérité du juge quant au degré ou à la nature de l'intérêt requis, et on relèvera aussi que le Conseil d'Etat n'a pas admis que l'utilité de principe d'une telle protection puisse être remise en cause par ses inconvénients économiques ou autres ; à cet égard, cf. C.E. (Ass.), 2 mai 1975, dame Ebri, et Union syndicale de défense des propriétaires du massif de la Clape, Rec. 280, A.J.D.A., 1975.311, concl. Guillaume, et Lamarque : « Droit de la protection de la nature et de l'environnement », pp. 97 ss.

(335) Cf. par ex. C.E., 26 janvier 1972, Ministre des Affaires Culturelles c. ville du Puy, Rec. 84, R.D.P., 1972.1294, et aussi C.E., 5 décembre 1947, Ploix, Rec. 461.

(336) Cf. C.E., 14 novembre 1962, Société des Etablissements Deroche, Rec. 607.

(337) Waline, chr. sous C.E., 13 mars 1970, Benoist d'Anthenay, R.D.P., 1971.226.

(338) Cf. C.E., 13 mars 1970, dame Benoist d'Anthenay, cité note précéd. — Cf. *Le Monde*, en date du 28 octobre 1970, et aussi C.E. (Ass.), 2 mai 1975, dame Ebri et Union syndicale de défense des propriétaires du massif de la Clape, Rec. 280, A.J.D.A., 1975.311, concl. Guillaume. — Cf. Denoix de Saint-Marc et Labetoulle : « Le pouvoir d'instruction du juge administratif », E.D.C.E., 1970, pp. 69 ss. (notamment pp. 78 ss.).

d'une décision remarquable à plus d'un égard : à la différence de ce qui se passe devant les tribunaux administratifs, la procédure du Conseil d'Etat ne prévoit pas explicitement le recours à une telle mesure d'instruction ; en fait, il fallait remonter à 1881 et au vieux arrêt Duval pour voir ainsi le Conseil d'Etat se déplacer sur les lieux mêmes de l'affaire qui lui était déférée. En pratique, la lourdeur de cette procédure fait qu'elle ne peut être que d'un usage limité. Comme le recours à l'enquête et à l'expertise auquel il répugne de moins en moins, semblable visite des lieux témoigne en tout cas de la volonté du juge de dépasser concrètement l'argument trop facile que le pouvoir discrétionnaire trouve dans la complexité sans cesse accrue des compétences administratives.

La jurisprudence relative à l'expropriation d'utilité publique manifeste encore très clairement le souci qu'a le juge d'étendre son contrôle autant que lui paraît le rendre nécessaire la garantie due au droit de propriété. Cette jurisprudence a justement été modifiée en 1971 pour permettre au juge une sanction plus précise encore du caractère nécessairement exceptionnel de cette atteinte à la propriété individuelle. Curieusement d'ailleurs bien que l'expropriation d'utilité publique constituât l'atteinte la plus directe et la plus grave à la propriété privée, le contrôle du juge sur les motifs d'une telle décision y est longtemps demeuré limité (339). Le Conseil d'Etat a certes toujours vérifié si le projet au nom duquel il était recouru à l'expropriation présentait une utilité publique ; mais le juge se contentait de vérifier abstraitement en quelque sorte si l'opération administrative projetée était « utile » sans rechercher par ailleurs si le coût financier n'en était par exemple pas excessif ou si les parcelles choisies pour cette opération étaient bien les plus convenables. Il y avait là, aux termes des arrêts, questions d'opportunité sur lesquelles le juge ne s'estimait pas en mesure d'entreprendre (340). Même limité, le contrôle du juge sur l'utilité publique des projets administratifs fut d'ailleurs sans doute suffisant tant que la jurisprudence se fit une conception assez restrictive de la notion d'utilité publique et que le recours à l'expropriation demeura effectivement modéré. Mais il s'est passé qu'en fait le Conseil d'Etat a été amené à reconnaître de plus en plus libéralement le caractère d'utilité publique, et cela pour des raisons bien compréhensibles tenant à l'évolution même du rôle des collectivités publiques. Toujours soucieux d'éviter les abus, le Conseil d'Etat devait nécessairement trouver un nouveau moyen de vérifier étroitement le bien-fondé du recours de l'Administration à la procédure d'expropriation. Déjà, en 1968, le Conseil d'Etat avait admis un commencement de vérification des inconvénients du projet administratif en le confrontant à son utilité de principe (341). Dans son fameux

(339) Cf. Raux : « L'examen des faits par le juge de l'excès de pouvoir dans le contrôle de la légalité interne de la procédure d'expropriation », A.J.D.A., 1967.II. 197.

(340) Cf. C.E., 18 janvier 1963, Truffaut, Rec. 32. — C.E., 27 février 1970, Cheu, Rec. 148.

(341) Cf. C.E., 15 mars 1968, commune de Cassis, Rec. 189, A.J.D.A., 1968.471.

arrêt d'Assemblée « Ville Nouvelle Est » du 28 mai 1971, le Conseil d'Etat devait alors préciser sa conception de l'utilité publique d'une opération en précisant que ses « inconvénients d'ordre social », son « coût financier », et les « atteintes à la propriété privée » qu'implique, ne devaient pas être excessifs (342). On notera d'ailleurs que cet approfondissement du contrôle du juge et de ses exigences ne sert pas seulement les intérêts privés des propriétaires menacés, mais encore les intérêts publics autres que ceux poursuivis directement par l'opération projetée (343), et par exemple les intérêts écologiques (344), entre lesquels le juge arbitre en somme (345).

Le contentieux de la Fonction publique fournit un autre témoignage du souci qu'a le juge des intérêts en cause lorsqu'il a à déterminer les limites de son contrôle des motifs. Il s'est d'ailleurs longtemps agi d'un contentieux d'avant-garde, avec les arrêts Trépont et Barel par exemple, dans l'évolution et le progrès du contrôle juridictionnel des motifs de l'acte administratif.

Dans le contentieux de la Fonction publique, la vraie « bataille » du pouvoir discrétionnaire, si l'on ose dire, s'est livrée beaucoup moins entre textes précis ou imprécis, et entre appréciations techniques ou non, qu'entre d'une part les principes d'autorité et d'indépendance du chef de service solennellement reconnus dans les motifs de l'arrêt Jamart, et d'autre part les garanties que le juge entend apporter à la carrière des agents publics chaque fois surtout que les décisions litigieuses ont des implications directes sur leurs situation juridique.

Aussi bien la notion de faute disciplinaire a-t-elle fait très tôt l'objet d'une vérification juridictionnelle qu'a consacrée l'arrêt Camino, en 1916. La seule limite que le juge se soit imposée, avant de la répudier récemment, a concerné les sanctions infligées à des magistrats à raison de faits touchant leur activité judiciaire, le juge ayant alors craint d'entreprendre sur la séparation des deux ordres de

(342) C.E. (Ass.), 28 mai 1971, *Ministre de l'Équipement et du Logement c. Fédération des personnes concernées par le projet actuellement dénommé « Ville Nouvelle Est »*, Rec. 409, concl. Brajbant, A.J.D.A., 1971.420, chronique Labetoulle et Cabanes, et 463, concl. Braibant, *Rev. Adm.*, 1971.442, concl. Braibant, R.D.P., 1972.454, chr. Waline, D. 1972.194, note Lemasurier, J.C.P., 1971.2.16.873, note Homont.

(343) Cf. Linotte : « Recherches sur la notion d'intérêt général en droit administratif », thèse, Bordeaux, 1975.

(344) Cf. C.E., 25 juillet 1975, *Syndicat C.F.D.T. des marins-pêcheurs de la rade de Brest et autres, Revue Juridique de l'Environnement*, 1976-2, p. 63.

(345) Cf. notamment : C.E., 20 octobre 1972, *Société civile Sainte-Marie de l'Assomption*, Rec. 567, R.D.P., 1973.843, concl. Morisot, A.J.D.A., 1972.576, chr. Cabanes et Léger. — C.E., 26 octobre 1973, *Grassin*, Rec. 598, A.J.D.A., 1974.35, concl. Bernard et note J.K. — C.E., 4 octobre 1974, *Grimaldi*, A.J.D.A., 1975.142. — Cf. J. Waline : « Le rôle du juge dans la détermination de l'utilité publique justifiant l'expropriation », *Mélanges Waline*, p. 811. — Lemasurier : « Vers un nouveau principe général du droit « bilan coût-avantages », *Mélanges Waline*, p. 551. — Hostiou : « L'évolution du contrôle juridictionnel sur l'utilité publique en matière d'expropriation », A.J.P.I., 1973, p. 877, et aussi C.E. (Ass.), 7 mars 1975, *Association des amis de l'Abbaye de Fontevault*, Rec. 179, A.J.D.A., 1976.208, note Hostiou.

juridictions (346). En matière de sanctions disciplinaires, le contrôle du juge demeure cependant incomplet : étant admis qu'une « faute » a bien été commise, il se refuse à vérifier si la sanction prononcée n'est pas trop sévère au regard de la gravité même de la faute et si donc l'importance même de cette faute a été correctement appréciée par l'Administration à l'appui du dispositif choisi. Naturellement, il ne tiendrait qu'au Conseil d'Etat de procéder à semblable vérification. Dans ses conclusions sur l'affaire de la demoiselle Chevreau, en 1967, M. Kahn citait ainsi divers domaines où le juge n'hésite pas « à distinguer entre les fautes simples et les fautes qualifiées, en attachant à ces différentes catégories des conséquences différentes, qu'il s'agisse du droit de la responsabilité ou de celui des contrats » (347) ; dans cet esprit, il proposait qu'au moins le Conseil d'Etat censure la disproportion « manifeste » entre la gravité de la faute et celle de la sanction ; le Conseil est cependant demeuré dans cette affaire fidèle à sa jurisprudence classique qui respecte l'indépendance du chef de service. Ce dernier peut ainsi définir librement les sanctions qui lui paraissent le mieux appropriées non seulement en fonction de la « gravité » de la faute, mais aussi des conditions propres de fonctionnement du service, de la rigueur particulière qu'on peut y attendre des agents (par exemple dans un hôpital, comme dans l'affaire Chevreau), des abus plus ou moins nombreux qui ont pu y être commis à une époque déterminée. Le droit positif ménage donc les intérêts de l'Administration comme ceux des agents. Il demeure d'ailleurs probable qu'en cette matière le juge finira par introduire au moins un contrôle d'« erreur manifeste » d'appréciation, celui qui lui avait été proposé en 1967 par M. Kahn et que la jurisprudence tend désormais à pratiquer dans presque toutes les hypothèses de pouvoir discrétionnaire (348).

Plus encore peut-être que le régime des sanctions disciplinaires, qui reste en fait très classique, les autres branches du contentieux de la Fonction publique nous montrent le juge se livrer à certaines appréciations très subiles dès lors qu'il estime les conséquences de l'acte trop graves pour pouvoir reposer sur une appréciation administrative discrétionnaire.

Ce lien entre le degré de contrôle juridictionnel et l'importance de la décision est ainsi très net en ce qui concerne les appréciations administratives relatives à la valeur professionnelle des agents : certes, la notation des agents, qui échappa même longtemps à tout contrôle contentieux, demeure soumise au seul contrôle minimum (349), et l'avancement au choix relève du pouvoir discrétionnaire du Chef de

(346) Cf. C.E. (S.), 26 juin 1953, Dorly, Rec. 326, R.D.P., 1954.173, chr. Waline, S. 195.3.1, note de Laubadère (qui critique cette solution), J.C.P., 1953.2.7810, note Cartou, et la remise en cause de cette jurisprudence par l'arrêt C.E. (S.), 14 mars 1975, Rousseau, Recueil, 194, A.J.D.A., 1975.362 et 350, chronique Franc et Boyon.

(347) Kahn, concl. sous C.E., 22 novembre 1967, Chevreau, *Dr. ouv.*, 1968.113, cf. *infra*, chapitre 2.

(348) Cf. *infra*, chapitre 2.

(349) Cf. C.E., 23 novembre 1962, Camara, Rec. 627.

service, tout comme d'ailleurs les jurys de concours apprécient souverainement les mérites des candidats, qu'il s'agisse d'épreuves proprement dites ou de titres (350). En dépit de sa complexité et de ses inévitables nuances, il arrive cependant que le juge supervise l'appréciation qu'a faite le Chef de service de la valeur professionnelle d'un agent : ainsi en va-t-il lorsqu'une insuffisance professionnelle est invoquée à l'appui d'une mesure de licenciement (351) ; de même, avec la jurisprudence Rodière, le Conseil d'Etat vérifie la manière dont la carrière d'un agent a été reconstituée, y compris pour ce qui concerne l'avancement au choix, lorsque cette reconstitution est consécutive à une décision de justice annulant l'éviction illégale de cet agent. Le juge examine alors si cette reconstitution a « donné à la carrière de l'intéressé le déroulement qu'elle eut normalement comporté s'il n'avait pas été l'objet de la révocation annulée par le Conseil d'Etat » (352). M. Odent observe cependant qu'en pratique le Conseil d'Etat reste prudent dans l'exercice de semblable appréciation, surtout s'il s'agit de carrières pour le déroulement desquelles les mérites professionnels ne sont pas les seuls éléments dont l'autorité hiérarchique puisse tenir compte (353).

On peut également prendre en exemple de ce dépassement par le juge des difficultés de son contrôle le régime contentieux des appréciations de l'Administration quant à l'aptitude physique de ses agents qui paraît bien ressortir naturellement du domaine des appréciations « techniques » (354). Jusqu'en 1946, le Conseil d'Etat se refusait d'ailleurs à tout autre contrôle en la matière que celui de l'origine de fait de l'inaptitude alléguée ; quant au point de savoir si l'infirmité ou la maladie de l'agent devait bien en droit être considérée comme une « inaptitude », le Conseil refusait d'en connaître (355). En 1927, Hauriou reconnaissait les difficultés d'une telle vérification : « constater l'état de maladie d'un fonctionnaire qui demande un congé avec traitement intégral, cela suppose une expertise médicale. Comment y procéder ? » (356).

Le Doyen toulousain n'en regrettait pas moins la réserve du juge, s'agissant, disait-il, de faits qui « sont déterminants pour des situations juridiques » (357). La Section du Contentieux a en définitive

(350) C.E., 12 janvier 1944, Niguet, Rec. 10. — C.E., 9 juin 1959, dame Cottard, Rec. 30. — Cf. Sadran : « Le régime juridique des concours dans la fonction publique », thèse, Bordeaux, 1972, pp. 438 ss.

(351) C.E., 19 février 1954, Couture, Rec. — V. Bernard : « Le contrôle du Conseil d'Etat sur l'appréciation par l'Administration de l'aptitude professionnelle ou physique des fonctionnaires », E.D.C.E., 1957, pp. 54-62.

(352) C.E., 26 décembre 1925, Rodière, Rec. 1965. — R.D.P., 1926.32, concl. Cahen-Salvador, Gr. Ar., p. 182, n° 46. — C.E. (S.), 11 juillet 1958, Fontaine, Rec. 433, R.D.P., 1958.1081, n. Waline.

(353) Odent, cours préc., p. 1579. — Cf. C.E. (S.), 15 février 1963, Audiffren, Rec. 98 (il s'agissait d'un emploi unique).

(354) Cf. Bernard, art. préc., E.D.C.E., 1957.

(355) C.E., 27 mars 1925, Mariani, Rec. — S. 1927.3.57, n. Hauriou.

(356) Note Hauriou, préc.

(357) Hauriou, note préc., S. 1927.3.57.

accepté d'ailleurs de contrôler la justesse du jugement porté par l'Administration sur l'incapacité physique de ses agents : en 1946, dans l'affaire Paoli, elle a ainsi examiné si « c'est à bon droit que le Ministre du Travail a estimé que le sieur Paoli était définitivement devenu inapte à exercer ses fonctions » (358). Certes, l'incapacité de l'agent est parfois évidente : il n'est par exemple pas très difficile de juger que pour un chirurgien tenu à procéder lui-même aux opérations « le fait d'être amputé de l'avant-bras droit constituait pour lui une incapacité professionnelle » (360). Il est vrai d'autre part, comme le remarque M. Bernard, que « lorsque le juge exerce son contrôle sur l'appréciation faite par l'Administration il désapprouve rarement cette appréciation » (361). M. Odent cite cependant des hypothèses assez subtiles où le Conseil d'Etat n'a pas été de l'avis de l'Administration, reconnaissant par exemple comme apte au service un gendarme atteint de laryngite ainsi que d'une certaine surdité, et que, pour ce motif, une commission de réforme avait estimé inapte (362).

De même, le Conseil d'Etat examine si l'Administration a valablement jugé l'état physique d'un candidat à la Fonction publique comme « incompatible » avec l'emploi sollicité. Dans son arrêt Loubeyre, de 1952, la Section du Contentieux a ainsi jugé, malgré l'absence de tout critère légal, précis, qu'« eu égard à la nature des chaires de l'enseignement supérieur, la cécité ne saurait être regardée comme incompatible avec l'exercice des fonctions que comporte l'emploi desdites chaires » (363) ; le juge reconnaît seulement à l'Administration le droit de tenir compte des infirmités du candidat, même si en soi elles ne sont pas incompatibles avec l'emploi postulé, dans son appréciation générale des mérites et de la situation du candidat (364).

A l'inverse, et cela illustre encore l'« impressionnisme » de la jurisprudence, ce contrôle de l'incapacité physique qui concerne aussi bien les agents civils que militaires a fait place à un contrôle minimum lorsque l'appréciation d'aptitude ou d'incapacité concerne les recrues du contingent. Telle est du moins la solution qu'a retenue en 1968 le Conseil d'Etat à propos des appréciations émises à cet égard par les Conseils de Révision dans le régime de la loi de 1965 (365).

Pour justifier cette solution, le Commissaire du Gouvernement Rigaud se référait certes au fait que le législateur « s'est abstenu de définir fut-ce d'une manière sommaire et indicative les affections ou

(358) C.E. (S.), 28 juin 1946, Paoli, S. 1947.3.46, n. P.H.

(360) C.E. (S.), 12 novembre 1965, Daveo, Rec. 610.

(361) Bernard, art. préc., E.D.C.E., 1957.

(362) Odent : « Cours préc. », 1970-71, p. 1546. — Cf. C.E. (S.), 19 décembre 1947, Sajous, Rec. 476. — Cf. aussi C.E. (S.), 21 décembre 1956, Lacour, R.J.P.U.F., 1957.406, concl. Heuman.

(363) C.E. (S.), 25 juillet 1952, Loubeyre, D. 1953.J.5, concl. Guionin. — Cf. Bernard, art. préc., E.D.C.E., 1957.

(364) C.E. (S.), 25 juillet 1952, même arrêt.

(365) C.E. (S.), 6 décembre 1968, Bachex, Rec. 628, R.D.P., 1969.709, concl. Rigaud. — A.J.D.A., 1969.20, chr. Dewost et Denoix de Saint-Marc.

infirmités qui rendraient inaptes » au service militaire ; il invoquait surtout la nature propre de ce service, qui est susceptible de diverses modalités, ainsi que les liens de l'appréciation administrative avec une « politique de sélection » que le juge serait mal en mesure de superviser.

b) Cette méthode jurisprudentielle est évidemment plus facile à décrire, et à illustrer, qu'à mettre concrètement en œuvre. Les conclusions des Commissaires du Gouvernement, avec leurs interrogations, en sont le témoignage, et aussi avec leurs propositions parfois différentes de celles retenues en définitive par le juge de l'excès de pouvoir. Les critiques, ou les commentaires inquiets auxquels donnent lieu certaines jurisprudences, jugées selon le cas comme trop timides (par exemple dans les matières de police demeurées discrétionnaires), ou limitant au contraire par trop l'indépendance de l'Administration (par exemple la jurisprudence Ville Nouvelle-Est (366), illustrent aussi les difficultés d'une stabilisation du contentieux dans la détermination du degré de contrôle qu'il revient au juge d'exercer sur le bien-fondé des mesures administratives. Plusieurs contentieux modernes, et singulièrement ceux de l'urbanisme ou encore du remembrement rural ont montré pour leur part que si, pour la doctrine comme l'observait M. Rivero, la question du pouvoir discrétionnaire est « une voie à grande circulation » (367), elle est loin d'être encore dans la pratique une voie vraiment carrossable.

Ainsi, dans l'affaire « Groupement de défense des riverains » a-t-on vu l'Assemblée du Contentieux retenir l'imprécision du texte pour permettre à l'Administration d'apprécier discrétionnairement si l'on se trouvait dans l'un de ces « cas exceptionnels » légitimant la concession de la construction et de l'exploitation d'une autoroute ; pour conclure en sens inverse, le Commissaire du Gouvernement Kahn se référait pour sa part à la volonté implicite du législateur, telle qu'elle résultait des travaux-préparatoires de la loi, ajoutant d'autre part, « qu'il serait contradictoire dans les termes de laisser à l'autorité administrative le soin d'apprécier si l'on est en présence d'un cas anormal ou exceptionnel ». Il est vrai d'un autre côté, comme l'observait M. Josse dans sa note au Dalloz, que le contrôle suggéré par M. Kahn se heurterait en pratique à des difficultés d'ordre technique (368).

De même, c'est contrairement à l'avis de son commissaire qu'en 1949 le Conseil d'Etat refusa de vérifier si l'Inspecteur du Travail avait correctement apprécié la « gravité suffisante » de la faute commise par un délégué du personnel en vue d'en autoriser ou d'en refuser le licenciement. Le Conseil estima sans doute cette appréciation trop mêlée d'éléments d'opportunité et trop subtile, et on a d'ailleurs vu qu'il refuse d'y procéder dans le cadre de la répression disciplinaire de la Fonction publique. Pour sa part, le Commissaire Guionin faisait au con-

(366) Cf. *supra*, note 342, et la bibl. citée.

(367) Rivero, préface à la thèse de M. Venezia : « Le pouvoir discrétionnaire ».

(368) Cf. C.E. (Ass.), 30 juin 1961, Groupement de Défense des Riverains de la Route de l'Intérieur, D. 1961.663, concl. Kahn, note Josse.

traire valoir que la loi se référerait explicitement à la notion de faute grave : la « gravité » de la faute se trouvait ainsi constituer la condition même de la légalité de la décision de l'Inspecteur du Travail dont l'appréciation relevait donc naturellement concluait M. Guionin du contrôle du juge de l'excès de pouvoir (369).

La jurisprudence elle-même est parfois hésitante devant l'entrechoc des considérations qui vont à la fois dans le sens ou à l'encontre de l'admission du pouvoir discrétionnaire. Même dans le contentieux de la Fonction publique ou des libertés publiques, où le débat est généralement tranché en faveur du contrôle juridictionnel, le Conseil d'Etat a eu quelquefois du mal à trouver son « point d'équilibre ». On a évoqué la tentation qu'avait le juge de vérifier l'adéquation de la gravité de la faute à celle de la sanction dans la régime disciplinaire (370). Dans d'autres cas, il lui est arrivé au contraire de « restituer », si l'on ose dire, au pouvoir discrétionnaire des appréciations qu'il avait d'abord décidé de contrôler : en 1950, il acceptait par exemple de contrôler l'appréciation faite par l'Administration quant à l'« équivalence » de tels et tels emplois publics, sensible sans doute à l'importance nouvelle de cette notion d'« équivalence » pour le déroulement de la carrière des agents publics (371) ; en 1951, l'Assemblée du Contentieux refusait en revanche le contrôle de cette notion d'« équivalence » que son Commissaire du Gouvernement lui présentait comme trop fuyante pour faire l'objet d'un contrôle juridictionnel rigoureux (372).

Dans le contentieux des libertés publiques, ce n'est pas non plus sans scrupules ni sans hésitations que le Conseil d'Etat a accepté de reconnaître à l'Administration un pouvoir discrétionnaire dans la mise en œuvre de certaines compétences exceptionnelles de police. A plusieurs reprises, il s'est d'ailleurs efforcé de soumettre ces compétences à un contrôle au moins partiel de l'appréciation administrative en vérifiant si les faits retenus pouvaient bien être « regardés comme entrant dans le champ d'application de la loi » (373). Le juge a ainsi appliqué ce « contrôle moyen », comme l'appellent MM. Auby et Drago, à l'ordonnance du 4 octobre 1944 (374), à la loi du 3 avril 1955 (375), et à celle du 16 mars 1956 (376). La portée de ce type de contrôle n'est d'ailleurs pas très nette. Il s'agit d'« une sorte de transaction », notent MM. Auby et Drago ; il semble en effet qu'il s'agisse pour le juge de sanctionner par ce biais les actes dont les motifs de fait seraient absolument sans rapport avec la finalité de maintien de l'ordre pour-

(369) C.E., 12 novembre 1949, Société Nancéienne d'Alimentation, Rec. 483. — J.C.P., 1950.II.5909, concl. Guionin, note B.H.

(370) Cf. *supra*, note 347 et *infra*, chapitre II.

(371) C.E., 22 février 1950, dame Jégouze, Rec. 116.

(372) C.E. (Ass.), 27 avril 1951, Mélamède, D. 1951.J.453, note P.-L. J. — Rec. 22-, concl. Delvolvé, V. *infra*, chapitre 2.

(373) Cf. Auby et Drago, *Traité préc.*, n° 1201.

(374) C.E. (S.), 27 février 1948, Frocrain, S. 1950.3.25, n. P. de F.

(375) C.E., 16 décembre 1955, dame Bourakba, Rec. 590, D. 1956.392, n. Drago.

(376) C.E., 18 mai 1966, Ferréol, Rec. 333. — C.E. (S.), 21 février 1964, Manville, Rec. 118.

suivie par la compétence utilisée. En pratique, la mise en œuvre de ce contrôle aboutit rarement à l'annulation, s'agissant justement de compétence dont le champ d'application n'a été défini que de manière très vague (377). Elle lui permet au moins de réprimer les abus les plus grossiers commis par l'Administration à l'abri de son pouvoir discrétionnaire. Après tout, lorsque le Conseil d'Etat juge que le fait d'avoir assuré pour tous la liberté de communication entre l'Algérie et Paris au lendemain du 13 mai 1958 n'entre pas dans le « champ d'application » de la loi du 16 mars 1956, il n'est pas loin de juger que l'Administration a eu tort de considérer le destinataire de la sanction qu'elle prononce comme « dangereux pour l'ordre public » (378).

A côté de ces hypothèses somme toute classiques, les dilemmes du juge dans la détermination de l'étendue de son contrôle semblent aujourd'hui connaître une dimension nouvelle et une acuité accrue dans les secteurs nouveaux du Droit Administratif tels que la réglementation professionnelle, le remembrement rural ou l'interventionnisme économique et financier. Les arguments du pouvoir discrétionnaire s'y trouvent en effet particulièrement puissants, les lois de compétence étant en ces domaines de moins en moins précises et de plus en plus techniques. Comment déterminer si tel particulier justifie bien d'une activité économique « normale », ou si telle faveur fiscale est méritée par l'« intérêt économique » ? Suivant quels critères vérifier si l'opération de remembrement rural n'a pas « déséquilibré » les conditions d'exploitation de l'entreprise agricole concernée ? Pour autant le Conseil d'Etat ne pouvait tout de même pas demeurer insensible aux intérêts individuels de plus en plus directement concernés par ces nouveaux pouvoirs de l'Administration.

Aussi bien, en pratique, le Conseil d'Etat a-t-il eu beaucoup de mal à définir le statut contentieux de ces nouvelles compétences et la marge de pouvoir discrétionnaire qu'il serait « raisonnable » d'y reconnaître aux autorités administratives.

En matière de réglementation professionnelle, il s'est par exemple efforcé de refuser le pouvoir discrétionnaire chaque fois qu'était en cause l'exercice même de l'activité du particulier. Ainsi, lorsque l'Administration a le pouvoir d'autoriser l'exercice d'une profession, le Conseil d'Etat vérifie si l'intéressé remplissait bien ou non les conditions d'activité qui lui ont été déniées. En ce domaine, M. Braibant estimait même en 1964 que « l'absence de définition légale ne suffit pas à écarter le contrôle », non plus que le fait que « sa définition donne lieu à quelques difficultés » ; ces obstacles n'ont effectivement pas retenu le Conseil d'Etat de vérifier l'exercice effectif de la profession d'opticien-lunettier, comme le lui avait proposé M. Braibant dans l'affaire Lalo (379). Il arrive cependant qu'une telle apprécia-

(377) Auby et Drago, *préc.*, note 373.

(378) Cf. C.E., 18 mai 1966, Ferréol, Rec. 333. — *Rev. Adm.*, 1966.278, n. Liet-Vaux.

(379) C.E., 15 juillet 1964, Ministre de la Santé publique c. Lalo, Rec. 435. — A.J.D.A., 1965.125, concl. Braibant.

tion redevienne discrétionnaire, par exemple si l'autorisation d'exercer la profession en cause est conçue par la loi comme un acte de pure faveur (380) ; le Conseil d'Etat a également reconnu au Conseil de l'Ordre des Experts-Comptables « tout pouvoir pour apprécier » la « compétence notoire » des candidats à l'inscription au Tableau de l'Ordre lorsque ces candidats ne remplissent pas les conditions de compétence technique exigées par la loi (381).

Dans ce secteur de la réglementation professionnelle, la jurisprudence du Conseil d'Etat est d'ailleurs loin d'être stable, ainsi qu'en témoigne le régime contentieux de l'autorisation administrative d'ouverture d'officines pharmaceutiques en dérogation au nombre limite qui en a été fixé. Lorsque la dérogation a été refusée, le Conseil d'Etat ne vérifie pas si la condition légale relative aux « besoins de la population » était ou non remplie. Si par contre la dérogation a été accordée et que les droits des officines antérieurement établies risquent ainsi de s'en trouver compromis, le Conseil a commencé par vérifier l'importance effective des besoins de la population (382) ; en 1965, il a « rétrocedé » cette appréciation au pouvoir discrétionnaire (383), avant de procéder de nouveau depuis 1970 à un contrôle de l'appréciation administrative (384).

En matière d'interventionnisme économique, le juge s'est également efforcé de se réserver un contrôle sur les appréciations ayant les plus importantes implications sur les droits et activités individuelles. Le Conseil d'Etat contrôle par exemple toujours la qualification des faits reprochés à une entreprise dans le cadre de la nouvelle police économique ; il recherchera par exemple si telle « façon de procéder » pouvait ou non « être regardée comme constituant le délit de hausse illicite » (385).

Le juge procède même parfois à des qualifications fort complexes : en 1957, par exemple, la Section du Contentieux accepta d'examiner si le houblon pouvait bien être qualifié de « produit de base », condition pour que le Gouvernement pût instituer à son égard un comité national consultatif interprofessionnel. Malgré « la surface réduite du territoire » occupée par cette culture, le Conseil prit en considération le fait que le houblon était indispensable à la fabrication de la bière dont il relève par ailleurs « l'importance... pour le ravitaillement de la po-

(380) C.E., 21 novembre 1962, *Ministre de la Santé publique c. Durand*. — A.J.D.A., 1963.II.47.

(381) C.E. (S.), 23 janvier 1948, *Cauvet*, Rec. 34. — C.E., 3 février 1954, *Cauvin*, Rec. 73.

(382) C.E., 18 mars 1960, *Suzanne et Amie*, Rec. 207.

(383) C.E., 19 février 1965, *Lagrange*, Rec. 122.

(384) C.E., 27 novembre 1970, *dame Comiti-Bouillin*, Rec. 720.

(385) C.E., 11 juillet 1962, *Secrétaire d'Etat aux Affaires économiques c. Drevet et Manufacture des Armes et de Cycles de Saint-Etienne*, Rec. 464. — V. Fromont : « Le contrôle de l'appréciation des faits économiques dans la jurisprudence administrative », A.J.D.A., 1966.I.588. — V. de Soto : « Recours pour excès de pouvoir et interventionnisme économique », E.D.C.E., 1952.78. — Delmas-Marsalet, art. préc., E.D.C.E., 1969, pp. 133 ss. — Savy : « Le contrôle juridictionnel de la légalité des décisions économiques », A.J.D.A., 1972.1.

pulation » (386). On l'a vu en revanche refuser d'exercer son contrôle sur la qualité des vins, bien qu'il s'agisse là d'une appréciation dont dépende directement leur statut commercial (387). En matière d'incitations fiscales, le Conseil d'Etat a également préféré laisser à l'Administration un pouvoir d'appréciation qui se justifie en outre par les liens inévitables de l'octroi de ces avantages avec la politique économique conjoncturelle du gouvernement (388).

En matière d'urbanisme et de construction, la part de pouvoir discrétionnaire n'a pas été non plus toujours aisée à fixer : s'agissant par exemple des rapports de « compatibilité », que le juge a contrôlés malgré leur incertitude, et tout en laissant à cette notion un minimum de souplesse (389), ou des dérogations que le Conseil d'Etat a fini par soumettre à un contrôle équivalent à celui de la jurisprudence Ville Nouvelle Est (390), et des permis accordés malgré une atteinte à l'environnement ou à l'intérêt du site (391).

Le nouveau contentieux de l'environnement n'est pas davantage simple à régler. Le Conseil d'Etat accepte ainsi de vérifier si une autorisation de défrichement n'est pas de nature à nuire à l'équilibre biologique » d'une région (392), mais il ne lui a paru possible de soumettre à un contrôle plénier l'appréciation faite par l'autorité administrative des dangers créés par une centrale électrique nucléaire (393).

On peut encore prendre l'exemple du contentieux relatif au remembrement rural qui posait des questions techniques délicates en même temps qu'il mettait justement en cause des intérêts privés décisifs et des règles importantes (394). Dans un premier temps, le Conseil d'Etat

(386) C.E. (S.), 11 janvier 1957, Union générale des syndicats de brasserie française, Rec. 24, et aussi C.E. (S.), 15 juillet 1960, Société anonyme des distilleries Cornic, Rec. 479.

(387) Cf. *supra*, note 292 et Fromont : « Le contrôle de l'appréciation des faits économiques dans la jurisprudence administrative », A.J.D.A., 1966.1.588.

(388) T.A. Paris, 4 juillet 1962, Société d'ébénisterie industrielle Valeri, Rec. 776. — C.E., 14 janvier 1968, Société Maison-Genestal, *préc.*

(389) Cf. Coulet : « La notion de compatibilité dans le droit de l'urbanisme », A.J.D.A., 1976, p. 291, et C.E., 11 janvier 1974, dame Barbaro, Rec. 22, A.J.D.A., 1974, p. 214 et 197, chr. Franc et Boyon, D. 1974.400, note Gilli. — C.E., 17 décembre 1975, Hugon.

(390) Cf. C.E. (Ass.), 18 juillet 1973, ville de Limoges, Rec. 530, A.J.D.A., 1973.480, chr. Cabanes et Léger, R.D.P., 1974.559, concl. Rougevin-Baville, et p. 251, chr. Waline, J.C.P., 1973.2.17.575, note Liet-Vaux. — Cf. Bagenard : « Le contrôle du juge administratif de la légalité des dérogations en matière d'urbanisme », *Gaz. Pal.*, 1974.1, Doc. 316. — Chapuisat : « Le droit administratif à l'épreuve de l'urbanisme dérogatoire », A.J.D.A., 1974.3. — Savy : « Remarques sur le permis de construire tacite et les dérogations », A.J.P.I., 1974.782.

(391) Cf. *supra*, note 334.

(392) Cf. C.E., 3 mai 1974, Société alsacienne de sables et graviers, Rec. 258, A.J.D.A., 1974.591, concl. Dondoux. — C.E. (S.), 13 décembre 1974, Société des ciments Lafarge, Rec. 628, A.J.D.A., 1975.237, note Charbonneau.

(393) C.E., 28 février 1975, Herr, Rec. 162, Cah. Jur. Electr. et Gaz, 1975.J.80, concl. Denoix de Saint-Marc, note Carron, R.D.P. 1975.1414, note de Soto.

(394) Cf. Valléry-Radot : « Remembrement rural et jurisprudence du Conseil d'Etat », 1968. — Combarrous et Galabert, chr. de jurispr., A.J.D.A., 1960.1.23. — Bolle et Del-

refusait alors de vérifier la détermination opérée par les commissions de la « catégorie de culture » des terres, et en 1960, il estimait par exemple ne pas avoir à superviser la qualification de certaines parcelles de terres comme « friches » plutôt que comme « près » (395), avant d'en venir, à partir de 1967 à réaliser ce type de contrôle, ce qui l'a conduit à examiner si des terrains « traditionnellement exploités en herbage » pouvaient bien néanmoins être rangés « dans la même catégorie que des terrains affectés au labour » (396); et le juge a par exemple exigé que des parcelles plantées de vignes susceptibles d'être incluses dans une aire de production de vins d'appellation contrôlée fassent partie d'une « catégorie particulière » et cela « compte tenu des éléments relatifs à la procédure d'inclusion de ces parcelles dans cette aire » (397), mais les « classes » de valeur culturale continuent de relever du pouvoir discrétionnaire des commissions (398), comme la détermination de la valeur particulière des parcelles en productivité (399) qui sont encore considérées comme d'une technicité excessive. De même peut-on relever que si le Conseil d'Etat contrôle strictement le respect de l'équivalence « en points » entre les apports et les lots dans le cadre du remembrement tant qu'il ne s'agit que de vérification arithmétique (400), et sous réserve d'une marge de 1 %, il a été amené à renoncer à la supervision systématique de la rupture d'équilibre des conditions d'exploitation qui pourrait avoir été subie par l'un des propriétaires remembrés (401).

cros : « La règle de l'équivalence dans le contentieux du remembrement rural », A.J. D.A., 1976.122.

(395) C.E., 23 décembre 1960, Laveffe-Orbinot, Rec. 730, A.J.D.A., 1961.2.108, concl. Braibant.

(396) C.E. (S.), 24 décembre 1967, Cauchard, Rec. 442, et aussi C.E. (S.), 6 janvier 1967, Ministre de l'Agriculture c. Dunand, Rec. 2, J.C.P., 1967.2.15.001, note X..., et aussi C.E., 12 décembre 1973, Ministre de l'Agriculture c. sieur Laidet et époux Poumaillou, Rec. 716.

(397) C.E., 30 avril 1975, Vaivrand, Rec. 269.

(398) Cf. C.E., 23 juillet 1974, Ministre de l'Agriculture c. époux Teillot, Rec. 443.7.

(399) C.E., 1^{er} octobre 1971, dame Bernard et Gros, Rec. 573, *Gaz. Pal.*, 1972-1, 61, n. Mégret.

(400) Cf. C.E., 6 mars 1960, Secrétaire d'Etat à l'Agriculture c. Gesbert, Rec. 162. — C.E., 20 décembre 1963, Richard, Rec. (Tab.), 819. — Cf. Bolle et Delcros, art. préc.

(401) Par ex. C.E., 16 octobre 1963, Boursier, Rec. 487. — C.E. (S.), 6 novembre 1970, Guyé, Rec. 652, v. *infra*, chapitre 2.

CHAPITRE II

L'APPARITION D'UN NOUVEAU CONTROLE « MINIMUM » SUR L'APPRECIATION ADMINISTRATIVE DES FAITS.

(L'ERREUR MANIFESTE) (402)

Depuis les années 1960, la jurisprudence du Conseil d'Etat tend à se donner une nouvelle structure qui remet en cause la portée classique du clivage entre le domaine du contrôle juridictionnel et celui du pouvoir discrétionnaire.

Désormais, même en cas de pouvoir discrétionnaire, l'appréciation administrative des faits n'échappe pas à tout contrôle juridictionnel ; le juge accepte en effet alors de vérifier si au moins l'Administration n'a pas commis dans son appréciation des faits une erreur qu'il qualifie de « manifeste », et qui n'est, aussi bien, prise en considération qu'à partir d'un certain seuil.

Seules d'abord, certaines appréciations discrétionnaires furent soumises à cette nouvelle technique de contrôle, et son champ d'application ne paraît pas encore d'ailleurs complètement généralisé. Longtemps aussi, rares ont été les cas où le Conseil d'Etat admettait effectivement qu'une appréciation « insusceptible d'être discutée » devant lui pouvait néanmoins être ainsi considérée comme entachée d'une « erreur manifeste » : de 1967 à 1970, le Commissaire du Gouvernement, M. Baudouin n'en dénombrait que 13 (403) ; l'évidente maîtrise que les juges du Palais-Royal ont entendu conserver sur le développement de cette nouvelle censure a fait également que les juges du premier degré sont pour leur part demeurés prudents dans sa mise en œuvre. Plus fréquentes

(402) Cf. Galabert et Gentot, chr. de jurispr., A.J.D.A., 1962.1.552. — Kornprobst : « L'erreur manifeste », D. 1965. Chr. XIX. — Labetoulle et Cabanes, chr. de jurispr., A.J.D.A., 1971.1.33. — Vincent : « L'erreur manifeste », *Rev. Adm.*, 1971.407. — Letourneur : « L'erreur manifeste d'appréciation dans la jurisprudence du Conseil d'Etat », *Miscellanea Ganshof van der Meetsch*, tome 3, p. 563. — De Laubadère : « Le contrôle juridictionnel du pouvoir discrétionnaire dans la jurisprudence récente du Conseil d'Etat », *Mélanges Waline*, t. 2, p. 531.

(403) Baudouin, concl. sous C.E. (S.), 6 novembre 1970, Guyé, R.D.P., 1971, pp. 517 ss.

désormais les annulations pour « erreur manifeste » demeurent aujourd'hui encore difficiles à obtenir du juge.

Si le contrôle d'erreur manifeste ne s'est ainsi affirmé que progressivement, la faveur croissante que lui ont accordé les arrêts, et qui a transparu aussi des conclusions des Commissaires du Gouvernement, marquent l'essor définitif et l'implantation de cette nouvelle forme d'examen des motifs dans notre contentieux de l'excès de pouvoir.

Les perspectives qu'il a ouvert, le droit de regard qu'il offre au juge sur les appréciations réputées naguère discrétionnaires, l'ont d'autre part immédiatement placé au centre des efforts permanents d'évolution et d'adaptation du contrôle du juge, et comme une étape décisive de l'histoire du contentieux des motifs de l'acte administratif.

Car il faut bien admettre la portée vraiment révolutionnaire de ce nouveau mode de contrôle des motifs, et d'approche du pouvoir discrétionnaire administratif.

Certes, le Conseil d'Etat a toujours lutté contre tous les risques de glissement du pouvoir discrétionnaire, postulés par la souplesse et la subtilité de l'action administrative, vers l'exercice arbitraire de ses compétences par le pouvoir exécutif. On l'a vu refuser d'assimiler pouvoir discrétionnaire et droit pour l'Administration de se décider « sans motif » (404) ; on l'a vu également refuser d'admettre que le pouvoir discrétionnaire autorise l'Administration à retenir des faits matériellement faux, à mentir à méconnaître la portée juridique de sa compétence, ou à la détourner vers des fins contraires à l'intérêt public. La rigueur de règles telles que celle de l'exactitude matérielle ou celle de l'examen sérieux des circonstances de l'affaire ont ainsi déjà permis au juge d'imposer à l'Administration une discipline sévère dans le processus d'élaboration des motifs de ses actes (405).

Le propre de ces diverses « précautions », comme les a appelées M. Kahn, prises par le Conseil d'Etat à l'encontre des risques d'abus du pouvoir discrétionnaire, était cependant de demeurer « extérieures » au contenu de l'appréciation administrative. Le juge s'assurait en somme seulement des bases sérieuses de cette appréciation.

Avec l'« erreur manifeste », c'est de l'intérieur même que le juge restreint la portée de la « libre » appréciation autorisée par le pouvoir discrétionnaire ; avec elle, l'appréciation administrative n'est plus libre que « sous condition » de n'être « manifestement » pas fausée.

Il y a là assurément un paradoxe que d'ailleurs les arrêts du Conseil d'Etat semblent même se complaire à mettre en évidence, admettant d'un côté, que telle appréciation qui est déferée au juge « n'est pas susceptible d'être discutée » devant lui, et d'un autre côté, qu'il lui appartient néanmoins d'examiner si cette appréciation ne serait pas manifestement erronée. Comme le soulignaient MM. Labetoulle et Cabanes,

(404) Cf. *supra*, première partie, titre 1.

(405) Cf. *supra*, titre I, chapitre I et II.

on peut dire qu'avec l'erreur manifeste, le juge s'octroie « un certain contrôle de l'appréciation des faits dans des cas où en principe il n'en possède pas » (406).

Le paradoxe de cette « libre » appréciation qui n'en est plus une, et de cette absence de contrôle qui laisse tout de même place à un « certain contrôle » du juge, ne comporte en réalité qu'une apparente contradiction.

Aux yeux du juge l'erreur manifeste n'est pas en effet la négation du pouvoir discrétionnaire ; elle en est seulement un nouveau contre-poids, une nouvelle « compensation », pour employer la terminologie de M. de Laubadère.

En cela, elle a indubitablement répondu à un besoin contentieux de dépassement du traditionnel clivage entre le domaine du contrôle juridictionnel et celui des incontrôlées appréciations discrétionnaires.

L'analyse de la notion d'« erreur manifeste » est ainsi inséparable de la recherche de la « fonction » que le juge lui a assignée au sein du régime contentieux des motifs.

C'est à travers la formation historique de ce nouveau contrôle minimum qu'on verra apparaître cette fonction de la censure d'erreur manifeste (*section I*) ; nous examinerons ensuite les formes que revêt en droit positif son aménagement pratique (*section II*).

Section I

LA FORMATION HISTORIQUE DU CONTROLE MINIMUM DE L'ERREUR MANIFESTE

Si l'« erreur manifeste » n'a encore guère de plus de quinze ans d'âge, elle n'en possède déjà pas moins une « histoire », depuis sa naissance furtive dans certains arrêts des années 1961 et 1962, avant que la jurisprudence n'en vienne à la consacrer plus solennellement à partir de 1965, et sans d'ailleurs que cette évolution puisse être considérée comme achevée, certaines appréciations discrétionnaires continuant en effet encore d'échapper à son emprise.

Cette histoire est d'autant plus remarquable que son introduction et sa progression ont essentiellement répondu à une recherche pragmatique du juge. La notion même d'illégalité manifeste n'était certes pas ignorée de notre droit, notamment dans le cadre de la jurisprudence Langneur (407) ; elle a également été introduite dans le contentieux

(406) Chron. Labetoulle et Cabanes, in A.J.D.A., 1971.33.

(407) Cf. *infra*, note 479.

particulier des dommages de guerre afin de limiter les droits acquis nés des attributions administratives d'indemnités (408). Il est vrai, d'autre part, que certaines jurisprudences étrangères, grecque, suisse et belge commençaient déjà de pratiquer cette forme de censure (409), ainsi que le Tribunal Administratif de l'Organisation Internationale du Travail auquel participa M. Letourneur (410). Le traité C.E.C.A. connaît aussi ce genre de vices dans l'hypothèse où, selon les termes de l'article 33, « la Commission est coupable d'avoir méconnu d'une manière patente les dispositions du traité » (411). Même si ces exemples ont pu au moins conforter et influencer le juge dans sa démarche, il reste que c'est essentiellement par intuition, par besoin, presque par instinct, que le Conseil d'Etat a imaginé, et développé cette forme nouvelle de censure dans les secteurs de l'action administrative qui supportaient le plus mal ce qu'avait de trop tranchée sa distinction classique entre les faits dont la portée est contrôlée par le juge et ceux qui sont appréciés discrétionnairement par l'Administration.

On a vu en effet que le juge hésite souvent devant cette option. En matière de mesures de police exceptionnelle on l'a même vu introduire un contrôle « moyen » destiné à vérifier si les faits entraient bien au moins dans le « champ d'application de la loi » (412). Tout en reconnaissant un libre pouvoir d'appréciation des circonstances de fait à l'Administration on a vu également le juge donner la plus large extension possible à la notion de fait matériellement inexact et censurer des faits dont la « portée » serait « matériellement inexacte » (413). Dans d'autres cas, tout en contrôlant la portée juridique des faits, le Conseil d'Etat s'est contenté de vérifier si la portée attribuée aux faits par l'autorité administrative ne dépassait pas trop largement le cadre de la notion mise en œuvre « si extensive » qu'elle puisse être considérée (414). De nombreux contrôles impliquent en fait toujours une marge d'initiative, soit de par leur subtilité, et on relèvera par exemple que la jurisprudence « Ville Nouvelle Lille-Est » ne censure d'après ses termes même, comme d'après sa pratique, que les cas

(408) Cf. Vincent, art. préc., *Rev. Adm.*, 1971.407, notamment p. 408, par ex. C.E., 3 mai 1968, Beauregard, A.J.D.A., 1968.419, concl. Baudouin. — C.E., 12 mai 1976, Compagnie Radio-Maritime.

(409) Cf. Letourneur, art. préc., *Miscellanea W.J. Ganshof van der Meersch*. — Stassinopoulos, *Traité des actes administratifs*. — Vincent, art. préc., *Rev. Adm.*, 1971, p. 407, notamment p. 411.

(410) Cf. Letourneur : « Une jurisprudence originale, la jurisprudence du tribunal administratif de l'Organisation Internationale du Travail », *Mélanges Couzinet*, p. 449. — Wolf : « Le tribunal administratif de l'Organisation Internationale du Travail », *E.D.C.E.*, 1969, p. 33. — F. Dreyfus : « A propos de trois jugements du tribunal administratif de l'Organisation Internationale du Travail », *R.D.P.*, 1974, p. 691.

(411) Cf. Cour de Justice de la C.E.C.A., 21 mars 1955, Royaume des Pays-Bas c. Haute-Autorité de la C.E.C.A., *Rec.* 1954-1955, p. 201, concl. Rohmer-Boulouis et Chevallier, « *Grands Arrêts de la C.J.C.E.* », n° 62.

(412) Cf. *supra*, notes 373 ss.

(413) Cf. *supra*, note 28, Letourneur : « Apparition de nouveaux éléments subjectifs dans le recours pour excès de pouvoir », *E.D.C.E.*, 1953, p. 66.

(414) Cf. C.E. (Ass.), 4 avril 1952, Syndicat régional des quotidiens d'Algérie, S. 1952.3.59, concl. Delvolvé, préc., cf. *supra*, note 302.

où les inconvénients d'une opération seraient « excessifs », et non pas simplement « supérieurs » à son utilité de principe, soit encore parce qu'une application trop brutale de la règle serait trop souvent impossible matériellement et ne correspondrait pas forcément à son esprit ; c'est pourquoi le contrôle de l'équivalence « en points » des apports et des lots dans le cadre du remembrement rural comporte une marge de tolérance de 1 %, et l'arrêt Gesbert de 1960 précisait même qu'il censurerait un écart qui présente « une importance telle que la règle de l'équivalence... ne peut être regardée comme respectée » (415).

L'institution du contrôle de l'erreur manifeste prolonge et systématise ces tendances de notre contentieux. Par lui, le Conseil d'Etat a cherché à briser par une technique appropriée le dilemme auquel on l'a vu trop fréquemment confronté entre la soumission de l'acte à un contrôle total des motifs, qui serait trop difficile, trop délicat, ou trop lourd, et la reconnaissance d'un pouvoir discrétionnaire, qui risquerait à l'inverse d'autoriser la commission de trop d'abus de la part des agents publics. Selon la formule du Président Letourneur, le juge ne veut plus être « placé devant le dilemme : ou de s'immiscer dans le domaine de l'administrateur, ou de sacrifier les droits des individus » (416).

On ne s'étonnera pas dès lors, que le contrôle des « erreurs manifestes » soit né dans l'incertain contentieux des « équivalences » d'emplois publics. On se souvient qu'après avoir admis en 1950 le contrôle de la qualification faite par l'Administration de ces équivalences auxquelles est parfois subordonné le déroulement de la carrière d'un agent, l'Assemblée du contentieux avait en définitive préféré, avec l'arrêt Mélamède de 1951, reconnaître en la matière un pouvoir discrétionnaire administratif (417). Cette exceptionnelle régression de la jurisprudence s'expliquait sans doute en partie par des raisons conjoncturelles, et notamment par l'encombrement que connaissait alors le rôle du Conseil d'Etat (418) ; elle n'en illustrait pas moins parfaitement la difficulté rencontrée par le juge dans la mise au point d'une ligne de démarcation sûre entre le domaine de son contrôle et celui du pouvoir discrétionnaire. La notion d'« équivalence » n'était certes pas très nette ; pour cette raison, M. Delvolvé avait fait valoir, dans ses conclusions à l'affaire Mélamède, qu'« on ne saurait ni substituer à l'appréciation (du Ministre) celle d'un organisme consultatif ou juridictionnel, ni lui imposer un bouleversement dans la répartition de son personnel sous prétexte de certaines similitudes ». Le Commissaire du Gouvernement soulignait encore que « ce qui est (ici) en cause, c'est uniquement l'organisation et le fonctionnement du service public ». Pour autant, l'admission de la liberté d'appréciation administrative privait incontestablement les agents publics concernés de garanties essen-

(415) C.E., 2 mars 1960, Secrétaire d'Etat à l'Agriculture c. Gesbert, Rec. 162.

(416) Letourneur, art. préc., *Miscellanea W.J. Ganshof van der Meersch*.

(417) Cf. C.E. (Ass.), 27 avril 1951, Mélamède, Rec. 226, concl. Delvolvé, D. 1951.

J.443, note P.-L. J.

(418) Note P.-L. J., préc.

tielles : dans l'affaire Mélamède, c'était pas exemple un licenciement qui était l'enjeu de l'appréciation d'équivalence.

En fait, dès 1953, le Conseil d'Etat éprouva le besoin de procéder à un certain contrôle de l'équivalence établie ou refusée par l'Administration. C'est alors que dans un esprit de transaction il s'en tint à une formule intermédiaire, recherchant seulement, dans l'arrêt *Denizet*, s'il « résultait manifestement des règles d'organisation du Ministère de la France d'Outre-Mer » qu'aucun emploi équivalent ne pouvait être trouvé à celui d'administrateur des colonies (419). La signification de la formule n'était cependant pas très nette, et d'ailleurs l'arrêt *Poirier* de 1958 consacra de nouveau dans une espèce similaire la solution du pouvoir discrétionnaire (420). Finalement, c'est en 1961 que la Section du Contentieux devait adopter la formule devenue depuis « classique » suivant laquelle l'appréciation de l'équivalence d'emploi n'est pas « susceptible », faute de définition légale, « d'être discutée devant le juge administratif », « sauf, ajoute l'arrêt, dans le cas d'absence manifeste d'équivalence » (421) ; cette solution fut bientôt confirmée (422), et dès l'année suivante un arrêt censura même une appréciation administrative comme s'étant « manifestement » trompée quant à l'équivalence à établir entre l'emploi communal d'aide-ouvrier professionnel et celui d'ouvrier d'entretien de la voie publique (423). A la même époque, le Conseil d'Etat appliqua en outre cette notion d'erreur manifeste à une appréciation voisine de celle de l'équivalence et qui concernait l'« analogie » pouvant exister entre différents cadres de fonctionnaires (424).

Toujours en 1961, le Juge du Palais-Royal en fit même une autre application à propos de l'opération par laquelle les commissions de remembrement rural classent les terres par types de culture à plus ou moins grande valeur. Le processus d'introduction de cette nouvelle application du contrôle d'erreur manifeste y fut d'ailleurs du même type qu'en ce qui concerne l'affaire des équivalences d'emploi. La complexité de cette opération de classement avait en effet d'abord rebuté le juge : conformément aux conclusions de M. Braibant le Conseil avait ainsi refusé en 1960 de contrôler si telle commission de remembrement avait bien fait de qualifier comme « prés » certaines parcelles que pour sa part le requérant, appuyé d'un expert agricole, considérait comme ayant plutôt « l'aspect d'une friche » (425). La technicité de cette appréciation était difficilement contestable ; la solution admise par le Conseil était peut-être cependant dangereuse : M. Valléry-Radot devait ainsi faire valoir que « trop de commissions... succombent à la tenta-

(419) C.E., 13 novembre 1953, *Denizet*, Rec. 489.

(420) C.E., 19 février 1958, dame *Poirier* et autres, Rec. 111.

(421) C.E. (S.), 15 février 1961, *Lagrange*, Rec. 121. — A.J.D.A., 1961.201, chron. Galabert et Gentot.

(422) C.E., 10 janvier 1962, *Carpentier*, Rec. 17.

(423) C.E., 9 mai 1962, commune de Montfermeil c. sieur *Foittier*, Rec. 304.

(424) C.E., 17 mai 1961, *Delle Cavaignac*, Rec. 319.

(425) C.E., 23 décembre 1960, *Lavevfe-Orbinot*, Rec. 730. — A.J.D.A., 1961.108, concl. Braibant, préc.

tion de la facilité en classant volontiers l'ensemble des terrains à remembrer en une seule catégorie de cultures... (par exemple dans l'unique catégorie « terres ») aux seules fins de contribuer à la modernisation des techniques et à la modification des structures agricoles » (426) ; une disproportion trop évidente, entre la qualité des terres apportées et celles des terres allouées à un propriétaire dans l'opération de remembrement n'était en tout cas pas admissible. Dans cet esprit, le Conseil d'Etat se reconnut justement compétent en 1961 pour juger de l'« erreur manifeste » qu'aurait commise la commission de remembrement dans le classement par nature des terres soumises à remembrement (427).

Dans ces années, l'« erreur manifeste » faisait encore figure de curiosité propre au contentieux des équivalences d'emploi et au classement des terres remembrées par nature de culture. Si son domaine était ainsi très restreint, plus exceptionnelles encore étaient les hypothèses où le Conseil d'Etat acceptait de juger que l'Administration s'était « manifestement » trompée : il ne le fit semble-t-il qu'une seule fois en 1962 à propos d'une équivalence d'emploi (428), et une autre fois en 1963 pour un classement de terres (429), cette dernière décision n'ayant même pas été répertoriée au « Lebon », ce qui semble témoigner du peu d'importance historique qu'on y ait attaché au Palais-Royal.

A partir de 1963, commence pourtant, suivant la formule de M. Kornprobst, « un deuxième temps » de l'histoire de l'erreur manifeste. Les arrêts s'y réfèrent en effet de plus en plus souvent et singulièrement dans les secteurs de l'Administration « nouvelle » dont la technicité et la complexité avaient paru nécessiter au juge la reconnaissance de larges pouvoirs discrétionnaires.

Le Conseil d'Etat semble en effet avoir pris de plus en plus précieusement conscience que ces nouvelles modalités de l'action administrative ne sauraient durablement échapper à son emprise sans que son autorité de censeur du pouvoir exécutif ne finisse pas être elle-même remise en cause. Face à cette « Administration nouvelle », nous avons vu d'ailleurs le juge modifier déjà la portée qu'il attribuait traditionnellement à la règle d'examen particulier des circonstances de l'affaire (430) ou au principe de l'adaptation des décisions réglementaires au changement des circonstances (431). L'erreur manifeste semble avoir de la même façon avoir constituer pour lui un moyen d'adapter son contrôle aux formes les plus complexes de l'action administrative contemporaine. Si ces formes se prêtent mal en effet à un contrôle total de l'appréciation administrative, du moins l'erreur manifeste lui permet-elle d'en censurer les débordements les plus évidents.

(426) Valléry-Radot, préc., p. 131.

(427) C.E., 13 juillet 1961, Delle Achard, Rec. 476 et C.E., 13 juillet 1962, Delle Vignerot, Rec. (T.), 878.

(428) C.E., 9 mai 1962, commune de Montfermeil c. Foittier, Rec. 304, préc.

(429) C.E., 18 mars 1963, Galoux, inéd., cité in Valléry-Radot, préc.

(430) Cf. *supra*, p. 195.

(431) Cf. *supra*, p. 147.

De 1963 à 1968, le contrôle d'erreur manifeste fut ainsi introduit peu à peu dans les diverses appréciations spécialisées qui avaient jusqu'alors été « concédées » au pouvoir discrétionnaire. Cette « installation » de l'erreur manifeste dans le régime de l'excès de pouvoir ne procéda d'ailleurs pas davantage d'un « grand » arrêt spectaculaire : les appréciations discrétionnaires tombent simplement, les unes après les autres dans l'orbite de l'erreur manifeste. Une première synthèse en était alors réalisée en 1965 par M. Kornprobst (432) ; un bilan et ses perspectives en étaient également présentées à cette époque devant le Conseil d'Etat par M. Kahn, dans ses conclusions sur l'affaire Chevreau (433).

En 1963, le Conseil d'Etat autorisait donc un requérant à mettre en cause l'erreur manifeste qu'aurait commise l'Administration en considérant l'usage de la « gomme arabique » en tant que stabilisateur des crèmes glacées comme étant nocif pour la santé publique (434) ; cette solution fut confirmée en 1967 à propos de « l'appréciation faite par le Ministre des dangers que présente la délivrance au public d'une préparation pharmaceutique » (435). En 1964, la Section l'introduisit aussi dans le régime de l'appréciation par les commissions paritaires médicales des titres et de l'autorité d'un médecin en vue de le faire ou non bénéficier du régime de la « notoriété » (436). Il est d'ailleurs probable qu'à travers ces commissions de notoriété le Conseil ait entendu asseoir son emprise sur ces organismes nouveaux et au genre incertain qui se développent justement de plus en plus dans le cadre de l'interventionnisme économique et professionnel de l'Etat.

Aussi bien les appréciations de ces autres organismes originaux que sont les commissions de remembrement rural sont-elles à cette même époque de plus en plus largement assujetties à la réserve de l'erreur manifeste, en ce qui concerne par exemple leur jugement sur le caractère « satisfaisant » de l'accès d'une parcelle à la voie publique (437), sur la « proximité suffisante » des parcelles attribuées par rapport aux bâtiments de l'exploitation (438), ou encore sur l'« amélioration » apportée ou non par l'opération de remembrement rural à l'ensemble de l'exploitation agricole (439).

(432) Kornprobst, chr. précitée : « L'erreur manifeste », D. 1965, chr. XIX.

(433) Kahn, concl. sous C.E., 22 novembre 1967, Delle Chevreau, Dr. Ouvr., 1968, 113.

(434) C.E., 6 novembre 1963, Société Iranex, Rec. 523. — A.J.D.A., 1964, 187.

(435) C.E. (S.), 28 avril 1967, Fédération des syndicats pharmaceutiques de France, Rec. 180, A.J.D.A., 1967, 2.401, concl. Galmot. — Cf. aussi C.E., 22 mars 1968, Société des Laboratoires Beytout, Rec. (Tab.), 833, A.J.D.A., 1968, 2.356. — C.E., 8 janvier 1971, Ischondsky et Société des Laboratoires Biodyne, Rec. 14. — C.E., 17 mai 1972, Conseil National de l'Ordre des médecins, Rec. 369.

(436) C.E. (S.), 24 avril 1964, Villard et même jour Delahayes, Rec. 243, Dr. Soc., 1964, 441, concl. Braibant, D. 1965, 494, note Dupeyroux et Garagnon.

(437) C.E., 4 décembre 1966, Ministre de l'Agriculture c. Nardin, Rec. (Tab.) 1069.

(438) C.E., 23 mai 1962, Lacroix, Rec. (Tab.), 878, et C.E., 2 décembre 1964, Ministre de l'Agriculture c. Valtat, Rec. 609.

(439) C.E., 23 mai 1962, Lacroix, préc.

En 1965, l'erreur manifeste pénètre également le régime de l'urbanisme pour les cas où le préfet estime pouvoir autoriser une construction dérogeant en hauteur aux normes réglementaires mais qui serait néanmoins admissible compte tenu de « l'environnement général et des nécessités d'architecture » (440) ; et en 1968 il l'applique à l'appréciation par laquelle le préfet estime qu'un projet de construction ne porte pas atteinte à la salubrité ou à la sécurité publique (441).

L'arrêt « Société Maison-Genestal » l'introduit enfin en 1968 dans le contentieux des incitations fiscales, le Conseil d'Etat vérifiant alors si le Ministre n'a pas « manifestement » eu tort de considérer que l'opération projetée par la Société Maison-Genestal ne présentait pas des « avantages économiques suffisants » pour justifier l'octroi d'un agrément (442).

Dans le régime de la fonction publique, le Conseil d'Etat soumit enfin à la réserve de l'erreur manifeste l'appréciation de l'« aptitude de l'agent public » à recevoir de l'avancement ce qui relevait jusqu'ici de l'appréciation totalement discrétionnaire du Chef de service (443).

Depuis 1967-1968, on peut considérer que le contrôle de l'erreur manifeste atteint progressivement à un stade de plein épanouissement.

Peu à peu, le Conseil d'Etat cesse d'y voir un procédé exceptionnel propre à certains contentieux pour en faire un contre-poids de droit commun aux pouvoirs discrétionnaires administratifs dans les divers secteurs où le juge a cru nécessaire, ou en tout cas raisonnable, de les admettre.

Il est d'ailleurs frappant de voir les Commissaires du Gouvernement exposer de plus en plus volontiers la signification et la valeur pratique qu'elle est susceptible de revêtir comme limite de principe à l'exercice du pouvoir discrétionnaire de l'Administration. Ce serait, disait par exemple M. Baudouin en 1970, « un mécanisme de secours en cas d'iniquité patente » (444) ; dans le même esprit, M. Braibant y voyait, dans ses conclusions à l'affaire Lambert, également en 1970, le moyen d'« imposer, disait-il, aux autorités administratives le respect d'un minimum de logique et de bon sens » (445). En cela, toujours selon

(440) C.E. (S.), 17 décembre 1965, époux Planty et autres, Rec. A.J.P.I., 1966.603, concl. Baudouin, préc.

(441) C.E. (Ass.), 29 mars 1968, Société du lotissement de la plage de Pampelonne, Rec. 210, concl. Vught, A.J.D.A., 1968.335 et 341. — C.E., 13 juillet 1968, Mendelssohn, Rec. 442, A.J.D.A., 1968.650. — C.E., 6 mai 1970, Société civile immobilière « Résidence Reine Mathilde », Rec. 308, concl. Guillaume, D. 1970.730, concl. Guillaume, R.D.P., 1971.232, chr. Waline. — C.E., 6 décembre 1972, Regnault de Bellescize, Rec. 790. — C.E., 28 mars 1973, Association de défense des habitants de Vernon (Eure), Rec. 262. — C.E. (S.), 4 octobre 1974, consorts Métras, Rec. 487.

(442) C.E. (S.), 26 janvier 1968, Société Maison Genestal, préc.

(443) C.E. (S.), 22 février 1963, Maurel, Rec. 119.

(444) Concl. Baudouin sous C.E. (S.), 6 novembre 1970, Guyé, R.D.P., 1971.517.

(445) Concl. Braibant sous C.E. (S.), 13 novembre 1970, Lambert, inéd. (V. extraits cités in A.J.D.A., 1971.33 ss.).

M. Braibant, l'erreur manifeste jouerait un rôle analogue à celui qu'avait tenu la censure du détournement de pouvoir au XIX^e siècle.

Ces formules traduisent bien l'esprit général qui depuis des années 1967-1968 préside à l'expansion du nouveau contrôle de l'erreur manifeste. L'erreur manifeste, soulignait encore M. Kahn en 1968, viserait à « corriger ce que la théorie du pouvoir discrétionnaire peut avoir d'excessif et d'arbitraire » (446).

Il est d'ailleurs curieux de voir ainsi les Commissaires du Gouvernement dénoncer implicitement les insuffisances de l'ancien régime contentieux du pouvoir discrétionnaire. La « discipline » que lui a imposée le Conseil d'Etat n'aura certes pas été inefficace ni inutile. Le juge n'en ressent pas moins le besoin évident de la compléter par un examen, fut-il sommaire, du contenu même de l'appréciation administrative.

En réalité, il faut admettre que depuis l'époque de l'arrêt Grazietti, la notion de pouvoir discrétionnaire est demeurée en droit français quelque peu ambigüe. Dans un Etat de Droit, il était évident, comme l'avait démontré Hauriou que le pouvoir exécutif ne pouvait être jamais titulaire que d'un « certain » pouvoir discrétionnaire. En pratique, cette relativité de la notion de pouvoir discrétionnaire n'a cependant été consacrée qu'au niveau de son domaine, mais non point à celui de sa portée. La mise en cause du pouvoir discrétionnaire a ainsi essentiellement consisté, ainsi que l'observait Bonnard, à poser le problème de la liberté d'appréciation administrative « séparément pour chaun des éléments de l'acte » (447) ; et c'est ainsi que le pouvoir discrétionnaire a historiquement reflué de la région du choix des bases de fait et de droit du motif de l'acte. Mais, une fois délimitée et cantonnée la zone étroite de l'élaboration de l'acte susceptible de relever d'un pouvoir de libre détermination administrative, le juge continuait bien d'accorder une portée absolue au pouvoir discrétionnaire : dès lors qu'une appréciation de la portée des faits était qualifiée de discrétionnaire, elle était bel et bien inattaquable et incontestable par la voie du recours pour excès de pouvoir. De ce fait, même cantonnées à la phase dernière d'élaboration des motifs de l'acte, même extérieurement disciplinées, les appréciations discrétionnaires « exagérées », sinon arbitraires étaient toujours possibles de la part de l'Administration. L'exactitude matérielle des faits retenus n'empêchait nullement qu'il leur soit donné une portée démesurée ; un peu d'habileté pouvait suffire à éviter une censure pour erreur de droit ou pour détournement de pouvoir. Ces risques avaient d'ailleurs été parfois soulignés (448). La formule de l'« erreur manifeste » d'abord inventée à des fins spéciales, paraît avoir fait prendre définitivement conscience au juge de la nécessité de disposer systématiquement et à tous les niveaux d'un moyen de répression contre les usages abusifs du pouvoir discrétionnaire. La « fonction » de l'erreur manifeste serait alors

(446) Concl. Kahn sous C.E. (Ass.), 12 janvier 1968, Ministre de l'Economie et des Finances c. dame Perrot, préc., A.J.D.A., 1968.II.179.

(447) Bonnard : « Précis de droit administratif », éd. 1943, p. 78.

(448) Par ex., note Long sous C.E., 19 février 1964, Palaprat, A.J.D.A., 1954.II.277.

de faire planer une « constante menace » sur l'action administrative, et d'entretenir, disait encore M. Baudouin, « la crainte révérentielle de l'Administration » (449) là où elle serait tentée d'abuser des facultés qui lui sont offertes par son pouvoir d'appréciation discrétionnaire.

Cette fonction compensatrice systématique désormais accordée au contrôle de l'erreur manifeste devrait conduire à le rendre recevable dans toutes les hypothèses de pouvoir discrétionnaire.

Effectivement, depuis 1968, son domaine a régulièrement continué de s'étendre. En 1969, le Conseil d'Etat y a par exemple soumis l'appréciation traditionnellement discrétionnaire à laquelle un Conseil de Classe s'est livré « au sujet de l'aptitude d'un élève à poursuivre ses études dans les établissements publics qui dispensent l'enseignement général » (450), et encore l'appréciation par laquelle l'Administration a estimé que le réseau actuel de coopératives « satisfait aux besoins » des producteurs de vins de champagne (451) ; il y a également soumis l'appréciation, pourtant particulièrement délicate, par laquelle l'Administration choisit le meilleur tracé pour les lignes de transport et de distribution d'énergie électrique (452). A partir de cette époque, les arrêts donnent d'ailleurs de plus en plus souvent une allure de principe à ce contrôle de l'erreur manifeste, à côté des autres contrôles minimums que sont ceux de l'erreur de fait, de l'erreur de droit et du détournement de pouvoir. Comme le spécifiait par exemple un arrêt Anger du 20 novembre 1968, « si le juge administratif saisi d'un recours pour excès de pouvoir ne peut apprécier l'opportunité de l'acte attaqué, il lui incombe en revanche d'en contrôler la légalité ; que dans le cas où l'autorité administrative est investie d'un pouvoir discrétionnaire, ce contrôle est limité à l'examen de sa légalité externe, du détournement de pouvoir, de l'erreur de droit ou de fait dans les motifs, et de l'erreur manifeste d'appréciation... » (453).

Quelques secteurs de l'action administrative, essentiellement d'ordre interne, ont seulement continué d'y échapper. En 1967, le Conseil d'Etat devait ainsi refuser, contrairement d'ailleurs aux conclusions de son Commissaire du Gouvernement, M. Kahn, d'y soumettre l'appréciation par l'autorité disciplinaire de la gravité des fautes, telle qu'elle fonde le choix de la sanction prononcée (454). M. Kahn n'avait pourtant pas manqué de souligner à cette occasion que « s'il est injuste d'infliger un avertissement ou un blâme pour un fait qui n'est pas de nature à justifier une sanction, il n'est pas moins injuste de

(449) Baudouin concl. sous C.E. (S.), 6 novembre 1970, Guyé, préc.

(450) C.E., 10 janvier 1969, Gauthier, Rec. 21 (cf. C.E., 1^{er} décembre 1965, Néher, préc.).

(451) C.E., 19 novembre 1969, Coopérative des propriétaires récoltants de la Champagne délimitée, Rec. 514.

(452) C.E., 14 octobre 1970, Gaveau, Rec. 578.

(453) C.E., 28 novembre 1968, Ministre des Armées c. Anger, Rec. 580, R.D.P., 1969, 766.

(454) C.E., 22 novembre 1967, demoiselle Chevreau, Dr. ouvr., 1968.113, concl. Kahn, D. 1969.J.51, note Mourgeon.

chasser du service un agent qui s'est rendu coupable d'une faute vénielle » (455). Le Conseil paraît également l'avoir exclu du champ de son contrôle dans l'hypothèse ou « l'intérêt du service » motive la décision par laquelle un ministre refuse d'inscrire un candidat à un concours (456), ou refuse la démission d'un agent (457).

En revanche, l'extension généralement souhaitée du contrôle d'erreur manifeste a bien eu lieu, comme cela semblait légitime, dans le régime de la police spéciale des étrangers, qu'il s'agisse des interdictions de publications de provenance étrangère (458), ou des expulsions (459), ainsi que dans le régime des passeports dont il était anormal qu'ils puissent être refusés sans vérification de la valeur des motifs d'un tel refus (460).

Les annulations pour erreur manifeste sont certes encore demeurées peu nombreuses, tout au moins devant le Conseil d'Etat : 6 en 1967-1968, 4 en 1968-1969 et seulement 3 en 1969-1970 (461). Depuis cette époque, le « Lebon » n'en signale jamais plus que quelques-unes par an, même s'il est vrai que l'admission par le juge de telles erreurs dans les domaines naguère soustraits à son contrôle, a cessé de faire figure d'événement. En 1975, une expulsion d'étranger, domaine privilégié de pouvoir discrétionnaire, a été annulée à ce titre (462). Déjà, en 1970, deux Commissaires du Gouvernement avait proposé successivement à une semaine d'intervalle cette forme d'annulation à la Section du Contentieux qui avait cependant préféré, dans la seconde affaire, donner satisfaction au requérant sur la base du détournement de pouvoir (463).

L'époque de la « fondation » du contrôle de l'erreur manifeste est ainsi révolue. Sa fonction est précisée ; et on relèvera à cet égard que le Conseil d'Etat a refusé de lui accorder l'autre rôle que l'Administration avait un moment pensé lui faire jouer, et qui aurait consisté à en faire un obstacle de principe à la formation de tous « droits acquis », de manière à faciliter le retrait des actes entachés d'erreur

(455) Kahn, concl. préc.

(456) C.E., 6 avril 1973, Jacques, Rec. 288.

(457) C.E., 4 décembre 1974, Charron, Rec. 607.

(458) C.E. (Ass.), 2 novembre 1973, Librairie F. Maspero, Rec. 611, J.C.P., 1974. 2.17.642, concl. Braibant, note Drago. — D. 1974.432, note Pellet. — *Gaz. Pal.*, 1974. 1.100, note Pacteau.

(459) T.A. Paris, 31 octobre 1974, Ferrandiz Gil Ortéga, *Gaz. Pal.*, 2 avril 1975, note Pacteau. — C.E., 3 février 1975, Pardov, Rec. 83, A.J.D.A., 1975.131, chr. Franc et Boyon.

(460) C.E., 19 février 1975, Fouéré, A.J.D.A., 1975.131, chr. Franc et Boyon, D. 1975.435, note Pacteau. — Un arrêt du 22 octobre 1975 (Office National d'immigration, Rec. 520) exerce également ce contrôle d'erreur manifeste sur les motifs des décisions par lesquelles le directeur de l'Office National d'immigration refuse, pour raisons médicales d'autoriser un étranger à venir en France exercer une activité professionnelle salariée.

(461) Baudouin, concl. préc. sous C.E. (S.), 6 novembre 1970, Guyé, R.D.P., 1971. 517.

(462) C.E., 3 février 1975, Pardov, Rec. 83, préc.

(463) Cf. les affaires Guyé (C.E. (S.), 6 novembre 1970, Rec. 652, R.D.P., 1971. 517, concl. Baudouin, A.J.D.A., 1971.2.54) et Lambert (C.E. (S.), 13 novembre 1970, Rec. 665, A.J.D.A., 1971.2.53, et 33, chr. Labetoulle et Cabanes.

manifeste, ainsi qu'il en va, mais selon des conditions propres, dans le contentieux des dommages de guerre (464).

Compte tenu tant de l'audace de principe de ce contrôle en tant qu'il atteint fondamentalement le pouvoir discrétionnaire, compte tenu aussi de ce qui paraît être la prudence du juge dans sa mise en œuvre, il convient alors de s'interroger sur le contenu et l'aménagement pratique de cette nouvelle censure des actes administratifs.

Section II

L'AMENAGEMENT PRATIQUE DE LA CENSURE D'ERREUR MANIFESTE

L'« erreur manifeste » correspond sans aucun doute à un besoin contentieux. Sa fonction de répression des abus du pouvoir discrétionnaire est incontestable. Sa mise en œuvre technique n'en risque pas moins d'être très délicate sinon très ambiguë : qu'est-ce qu'un abus « manifeste » ? A partir de quel stade de différenciation tel emploi public pourra-t-il être considéré comme « manifestement » équivalent de tel autre, étant admis que si l'équivalence n'est pas la stricte identité elle implique pour autant certaines similitudes ? Comment juger concrètement que l'Administration s'est « manifestement » trompée quant à l'intérêt économique présentée par une opération de décentralisation industrielle à laquelle elle a refusé certains avantages fiscaux ? Quant la valeur des titres présentés par un médecin est-elle si considérable que la commission paritaire médicale se tromperait « manifestement » en lui refusant le régime de la notoriété ?

On comprend dès lors la prudence du Conseil d'Etat dans la mise en œuvre de la censure d'erreur manifeste.

Celle-ci appelait en effet de lui qu'il procède à un contrôle dans des matières qui l'avaient justement rebuté jusqu'à présent en raison de leur complexité et de leur technicité. Il lui fallait en outre mettre au point un contrôle suffisamment souple et nuancé qui réserve la liberté d'appréciation administrative, l'erreur manifeste visant seulement à en sanctionner les abus. Pour autant, le succès même de cette nouvelle modalité de contrôle impliquait que le régime en fut fixé au moins dans ses grandes lignes ; telle était d'ailleurs la condition

(464) Cf. C.E., 7 février 1973, *Ministre de l'Education Nationale c. Nguyen van Dang*, Rec. 886, A.J.D.A., 1975, p. 248, note S.S. — Sur l'application de l'erreur manifeste dans le contentieux des dommages de guerre, cf. *supra*, note 408.

pour que le contrôle d'erreur manifeste put être manié par les tribunaux d'excès de pouvoir de première instance sans de trop grands risques d'hétérogénéité jurisprudentielle.

Progressivement, la jurisprudence du Palais-royal paraît effectivement avoir mis au point sa conception de l'erreur manifeste, ainsi qu'il ressort des arrêts qui l'ont déjà relevé et des observations faites à son propos par les Commissaires du Gouvernement.

L'erreur manifeste, c'est bien entendu, l'erreur grossière, et en quelque sorte impardonnable, à la manière des « fautes manifestes et d'une particulière gravité » que le contentieux de la responsabilité connaissait jusqu'à ces dernières années (465), ou à la manière des actions « manifestement insusceptibles de se rattacher à l'exercice d'un pouvoir légal de l'Administration » qui constituent des voies de fait (466).

Les arrêts qui relèvent la commission d'une erreur manifeste insistent aussi bien généralement sur l'importance de l'écart entre l'apparence des faits, et la portée qui leur a été attribuée par l'autorité administrative, ou en tout cas font ressortir suffisamment la profondeur de cet écart (467). En matière de remembrement, s'agissant des déséquilibres dans les conditions d'exploitation, le Conseil d'Etat souligne ainsi par exemple le fait qu'il y a eu « réduction de superficie supérieure à 21 % résultant d'attribution de terres en échange de parcelles boisées » (468), ou qu'il y a eu un accroissement de superficie de « plus de 11 % » qui est « d'autant plus sensible que l'exploitation était plus petite » (469). L'arrêt Gindre de 1968 relevait déjà avec vigueur la « grave rupture d'équilibre des conditions d'exploitation » entraînée par un défaut d'équivalence entre lots et apports classe par classe « en raison de son importance » (470). De même, pour conclure qu'une personne devait « manifestement » être considérée comme parmi les « rapatriés les plus défavorisés » au sens d'une loi d'indemnisation, le Conseil d'Etat soulignait-il la faiblesse particulière de ses ressources ainsi que son état d'invalidité (471). Le juge du Palais-Royal a encore censuré l'« erreur manifeste » d'appréciation de titres ou d'une capacité professionnelle dans les cas où effectivement on imaginait mal que l'expérience professionnelle requise par exemple en vue

(465) C.E., 10 mai 1957, Marbais, Rec. 307, D. 1958.J.153 et 137, n. Bredin.

(466) Cf. C.E., 18 novembre 1947, Carlier, R.D.P., 1950.181. — T.C., 27 juin 1966, Guigon, Rec. 476, A.J.D.A., 1966.547, n. de Laubadère, D. 1968.J.7, n. Douence.

(467) Par ex. C.E. (S.), 24 mai 1974, Ministre de l'Agriculture c. époux Fayard, Rec. 309.

(468) C.E. (S.), 21 décembre 1973, Parbaile (Louis), Rec. 745.

(469) C.E., 27 juin 1973, Ministre de l'Agriculture c. Brung (Guy), Rec. 437.

(470) C.E., 20 décembre 1968, Gindre, Rec. 669. — Cf. aussi, C.E., 6 novembre 1970, Guyé, préc., Rec. 652, R.D.P., 1971.517, concl. Baudouin, A.J.D.A., 1971.33, chr. Labetoulle et Cabanes. — T.A. Caen, 12 janvier 1971, dame Berthelot, Rec. 810. — C.E., 22 janvier 1971, consorts Anson, Rec. (Tab.), 1166. — C.E., 26 janvier 1972, Ministre de l'Agriculture c. Manceau, Rec. (Tab.), 1204. — C.E., 12 février 1975, Ministre de l'Agriculture c. Louvel, *Dr. Adm.*, 1975, n° 77.

(471) C.E., 13 mars 1970, dame veuve Camilleri, Rec. 190, et aussi C.E., 8 janvier 1971, Ministre de l'Intérieur c. dame veuve Gremades, Rec. (Tab.), 1166.

de l'inscription sur la liste d'aptitude aux fonctions de commissaires aux comptes fut a priori dédiée à un candidat qui avait occupé pendant près de vingt ans des fonctions importantes (472), tout comme il apparaissait grossièrement anormal que l'exercice de responsabilités importantes d'ordre administratif, financier et comptable ne soit pas reconnu, aux fins de son inscription sur le tableau de l'Ordre des experts-comptables, à un ancien directeur financier de la filiale belge de Citroën, ancien directeur des « Acières d'Horion », et ancien directeur d'une société de comptabilité (473), ou encore, comme dans la déjà classique affaire Rougement, que la « notoriété médicale » puisse être refusée à un praticien justifiant d'un nombre impressionnant de titres hospitaliers et universitaires, et cela compte tenu de « la valeur reconnue à ces titres dont un petit nombre de praticiens peuvent se prévaloir » (474).

Ce seuil à partir duquel l'erreur administrative est punissable par le juge de l'excès de pouvoir même dans les matières où le juge ne contrôle pas la mise en œuvre des conditions légales, reste évidemment pour autant difficile à déterminer. Aussi bien a-t-il pu apparaître dans certaines hypothèses réaliser une emprise contentieuse excessive (475) ; à l'inverse on a pu redouter qu'une conception trop restrictive de l'erreur manifeste ne relègue cette censure au rang des curiosités contentieuses, et l'évocation de son éventualité par les arrêts au rang de clause de style, de sorte qu'en définitive le contrôle d'erreur manifeste deviendrait l'alibi d'un pouvoir discrétionnaire qui ne ferait que mieux prospérer à son ombre. En 1965, déjà, M. Kornprobst avait souligné cette ambivalence et cette incertitude de l'erreur manifeste (476).

Le juge semble effectivement avoir cherché à préciser encore la notion d'erreur manifeste. Il apparaît ainsi qu'en fait — et les conclusions des Commissaires du Gouvernement en ont témoigné — le Conseil d'Etat s'attache au fond moins à l'importance proprement dite de l'erreur commise qu'à son évidence. L'erreur manifeste, disait par exemple M. Baudouin en 1965, vise à censurer « les erreurs qui présenteraient un caractère flagrant » (477), ajoutant, dans ses conclusions sur l'affaire Guyé en 1970, que « l'illégalité doit, si l'on ose dire, être prise sur le fait » (478). L'erreur manifeste s'apparenterait par là à la notion

(472) C.E., 10 avril 1974, Garde des Sceaux c. Delamarche, Rec. (Tab.), 1120, J.C.P., 1975.2.17.972, note Mabilat, *Rev. trim. de dr. comm.*, 1975.127, note Houin.

(473) C.E., 8 octobre 1975, Colas. — Cf. aussi C.E., 5 mars 1976, Lehnert.

(474) C.E., 7 juin 1967, Rougement, Rec. 240, A.J.D.A., 1968.2.48, obs. Peiser, D. 1968, p. 201, note Dupeyroux et Garagnon, et aussi C.E., 28 mai 1971, Langlais, Rec. 416.

(475) Par ex. à l'égard des commissions d'inscription sur la liste d'aptitude aux fonctions de commissaire aux comptes, cf. Guyon, note sous C.E., 26 novembre 1975, Vandevolve, J.C.P., 1976.2.18.382.

(476) Kornprobst, art. préc., D. 1965, chr. XIX, et aussi Baudouin, concl. sous C.E., 6 novembre 1970, Guyé, R.D.P., 1971.517.

(477) Baudouin, concl. sous C.E. (S.), 17 novembre 1965, époux Planty, A.J.P.I., 1966.603.

(478) Baudouin, concl. préc. sous C.E. (S.), 6 novembre 1970, Guyé.

d'« illégalité manifeste » de la jurisprudence Langneur avec laquelle elle peut-être considérée comme ayant un point commun dans la mesure ou de la même manière que la jurisprudence Langneur crée une exception au devoir d'obéissance hiérarchique, l'erreur manifeste fournit le point de rupture de la réserve de principe du juge devant le contenu de certaines appréciations administratives. Dans ses conclusions sur l'affaire Langneur M. Chenot définissait justement la solution qu'il proposait comme consistant à « ne pas fermer les yeux devant l'évidence » (479) ; pourvu que les autres conditions de la désobéissance soient remplies, cette évidence relèverait l'agent de son devoir de ne pas discuter la légalité des ordres qui lui sont adressés ; de même l'évidence relèverait-elle en quelque sorte le juge de son abstention d'examen de certaines appréciations administratives.

Telle en tout cas paraît avoir été l'inspiration, et la méthode contentieuse de l'erreur manifeste. Dans cet esprit, M. Braibant reprenait une définition qui était utilisée par Laferrière en ce qui concerne la question préjudicielle. L'erreur manifeste, disait-il à l'adresse du Conseil d'Etat est « une erreur évidente... qui ne fait aucune doute pour un esprit éclairé » (480).

Il doit donc s'agir d'une erreur que le juge puisse censurer sans hésitation, et sans avoir pratiquement à mettre en œuvre les notions dont l'imprécision, la complexité ou la technicité ont justement motivé l'admission d'un pouvoir discrétionnaire.

Cette ligne de conduite expliquerait aussi bien comment, dans l'esprit du juge, la censure de l'erreur manifeste peut demeurer compatible avec l'affirmation du maintien du principe même du pouvoir discrétionnaire administratif. L'erreur manifeste apparaîtrait lorsqu'en dépit de l'imprécision, de la complexité ou de la technicité des notions mises en œuvres, le doute n'est pas permis quant à la fausseté intrinsèque de la portée attribuée aux faits qu'avait à apprécier l'Administration, et qu'« objectivement » un « esprit normalement éclairé » reconnaîtrait une erreur. Dans les matières techniques, qui ont été les plus concernées par le contrôle d'erreur manifeste, celle-ci serait même plus précisément toujours selon M. Braibant, celle qui « peut être perçue même par un profane » (481), et il citait le cas de la commission de remembrement qui omettrait de tenir compte de travaux de drainage dans son appréciation de l'amélioration d'une terre (482).

Ainsi n'est-il pas besoin d'entreprendre véritablement sur les prérogatives du pouvoir discrétionnaire en matière d'autorisation de cu-

(479) C.E. (S.), 10 novembre 1944, Langneur, Rec. 288, D. 1945.J.87, concl. Chenot. — Cf. aussi C.E., 3 novembre 1967, demoiselle Frémont, Rec. 840. — Dr. Ouv., 1968.273, A.J.D.A., 1968.2.411, et Cherigny : « Le devoir de désobéissance à l'ordre illégal dans le contentieux disciplinaire de la fonction publique », R.D.P., 1975.867.

(480) Braibant, concl. sous C.E. (S.), 13 novembre 1970, Lambert, inéd. (extraits cités dans la chr. de jurispr. de MM. Labetoulle et Cabanes, A.J.D.A., 1971.2.33).

(481) Braibant, concl. citées, note précédente (passage inédit).

(482) Cf. ainsi C.E., 28 février 1968, Ministre de l'Agriculture c. Quiniou, Rec. (Tab.), 848.

mults d'exploitation pour juger de l'erreur commise par l'Administration qui prétendrait qu'une exploitation réduite à 146 ha serait atteinte dans son équilibre, alors que « la superficie minimum dont il est souhaitable d'éviter le démembrement a été fixé dans le canton... où se trouvent situées les exploitations en cause, à trente hectares » et qu'aucune circonstance propre à l'espèce n'est alléguée par l'autorité administrative (483). De la même manière n'est-il pas besoin de recherches réellement étendues ou approfondies ni d'une analyse très poussée de l'espèce, pour se rendre compte qu'un ancien interne des hôpitaux de Paris, ayant en outre exercé les fonctions de chef de clinique à la Faculté de médecine de la capitale, présente a priori les titres suffisants pour pouvoir être inscrit sur la liste de la « notoriété médicale », et que la commission paritaire « excède » ainsi les bornes de son pouvoir discrétionnaire en n'en tenant pas compte (484). Les divers arrêts rendus par exemple en ce qui concerne l'inscription sur la liste d'aptitude aux fonctions de commissaires aux comptes paraissent répondre de la même méthode. Il apparaît d'ailleurs qu'en telle hypothèse, l'insuffisante explicitation de ses motifs par l'autorité administrative peut contribuer à convaincre le juge qu'une « erreur manifeste » a été commise. Ainsi voit-on parfois le Conseil d'Etat reprocher explicitement à l'administration d'avoir un peu hâtivement dénié par exemple une qualification à une personne qui pourtant présentait toutes les apparences de cette qualification (485), et le contrôle d'erreur manifeste se rapproche alors de la censure des actes précédés d'un insuffisant examen des circonstances de l'affaire.

A l'inverse, il est frappant de voir les Commissaires du Gouvernement, et le juge, refuser d'admettre l'erreur manifeste dès qu'un doute surgit quant à la valeur de l'appréciation administrative, et qu'on pénètre vraiment dans les nuances de cette appréciation. En 1967, le Commissaire du Gouvernement, M. Galabert, devait ainsi renoncer à proposer la censure pour erreur manifeste l'appréciation par laquelle le Ministre de la Santé avait conclu aux risques présentés par la délivrance au public de certain produit pharmaceutique : les requérants, soulignait-il, il faisaient bien état d'arguments solides, tenant par exemple au fait que le produit litigieux n'avait encore jamais occasionné d'accidents ; cet argument ne lui semblait cependant pas d'une évidence éclatante et il concluait, sur le ton dubitatif, qu'après tout, « l'Administration a entendu prévenir un risque qu'il n'était pas déraisonnable, pas manifestement erroné d'envisager » (486).

De même, dans ses conclusions à l'affaire Bachex, en 1968, M. Rigaud soulignait-il qu'il était impossible de déterminer l'éventuelle

(483) C.E., 9 juillet 1969, Ministre de l'Agriculture c. Pétillon, R.D.P., 1970.1454.

(484) C.E., 7 juin 1967, Rougemont, préc., Rec. 240, A.J.D.A., 1968.48, note Peiser, D. 1968.201, note Dupeyroux et Garagnon, et aussi C.E., 28 mai 1971, Langlais, Rec. 416.

(485) Cf. C.E., 10 avril 1974, Garde des Sceaux c. Delamarche, préc., note 472.

(486) C.E. (S.), 28 avril 1967, Fédération nationale des syndicats pharmaceutiques de France, Rec. 180, A.J.D.A., 1967.401, concl. Galabert, *Bulletin de l'Ordre des pharmaciens*, 1967, p. 347.

erreur commise par le Conseil de Révision sur l'inaptitude d'une recrue sans procéder à de nouvelles expertises, ce qui était contradictoire avec la notion même d'erreur manifeste. Et l'arrêt relève de manière symptomatique « qu'il ne ressort pas des pièces du dossier que le Conseil de Révision, qui a eu connaissance des certificats médicaux produits par l'intéressé, a commis une erreur manifeste d'appréciation... » (487). Un arrêt est même allé jusqu'à déduire l'absence d'erreur manifeste dans une appréciation administrative de l'atteinte portée à un site, du fait « la commission départementale des sites a émis un avis favorable au projet... moyennant des réserves qui ont été reprises dans l'arrêté accordant le permis de construire » (488).

On conviendra que cette méthode de censure de l'erreur manifeste place tout de même le juge « sur le fil du rasoir ». Déjà, il est arrivé que des tribunaux administratifs de premier degré jugent « manifeste » une erreur à laquelle le Conseil d'Etat a refusé de reconnaître un caractère d'évidence (489). M. Braibant lui-même avouait que « parfois, des esprits également éclairés se partageront sur le point de savoir si une question est douteuse ou si une erreur est manifeste » (490).

Dans les matières autres que techniques, comme par exemple dans la police des étrangers, la frontière sera plus difficile encore à tracer entre les erreurs évidentes, et celles qui ne le sont pas, et cela d'autant plus qu'il s'agit de questions sur lesquelles le juge est habitué à exercer une vérification plus approfondie.

Il n'apparaît pas en tout cas que la méthode du juge soit exagérément prudente. Certes le pouvoir discrétionnaire n'est qu'atteint. Il reste qu'un cadre existe qui permet concrètement au juge d'en censurer les débordements et les « inéquités patentes » (491). Dans d'importants contentieux il a permis de trouver un nouvel équilibre entre les besoins d'autonomie des organes titulaires de compétence, et les garanties individuelles. Il obligera aussi l'Administration à une délibération toujours plus poussée de ses décisions, et moins encore que jamais le pouvoir discrétionnaire ne pourra être le rempart du bon plaisir ou de l'arbitraire administratif.

Il n'apparaît pas non plus, comme on a dit que cela avait été redouté, que le contrôle de l'erreur manifeste ait pu indirectement servir la « cause » du pouvoir discrétionnaire en le libérant de ses rejets passés et en faisant que le juge soit moins tenté de le remettre en cause plus profondément. Dans diverses hypothèses, et malgré les ressources nouvelles que lui offrait le contrôle d'erreur manifeste, le juge a cru ainsi nécessaire de passer du stade du simple contrôle de l'erreur

(487) C.E. (S.), 6 décembre 1968, *Ministre des Armées c. Bachex*, Rec. 628, A.J.D.A., 1969.20, chr. Dewost et Denoix de Saint-Marc, R.D.P., 1969.709, concl. Rigaud.

(488) Cf. C.E. (S.), 4 octobre 1974, *consorts Métras*, Rec. 467.

(489) Par ex. dans l'affaire *Bachex*, précitée, note 487, ou dans l'affaire *Vandevle* (C.E., 26 novembre 1975, J.C.P., 1976.2.18.382, note Guyon).

(490) Concl. Braibant sous C.E. (S.), 16 novembre 1970, *Lambert*, préc.

(491) Cf. concl. Baudouin sous C.E. (S.), 6 novembre 1970, *Guyé*, préc. — Cf. aussi Kornprobst, *chron. préc.*, D. 1965.XIX.

manifeste à celui du contrôle proprement dit de l'appréciation administrative : en 1967, il a par exemple décidé d'instaurer un contrôle plénier sur la manière dont les commissions de remembrement rural ont classé les terres par nature de cultures ; c'est, nous dit M. Valléry-Radot, « une affaire de vigne particulièrement choquante » qui a été, en 1967, à l'origine de ce revirement jurisprudentiel (492) : un arrêt de 1970 a également soumis au contrôle plénier l'appréciation par l'Administration des besoins de la population lorsque cette appréciation fonde une autorisation d'ouverture d'une officine nouvelle en dérogation, alors qu'en 1965 la jurisprudence paraissait s'être fixée sur la solution intermédiaire du seul contrôle d'erreur manifeste (493). La technique de contrôle issu de la jurisprudence « Villes Nouvelles Est », et qui, malgré sa modération de fait, offre des possibilités considérables de supervision des appréciations administratives lorsqu'un ensemble d'intérêts sont en cause, a d'autre part eu depuis 1971 la faveur du juge dans des domaines où le contrôle d'erreur manifeste avait d'abord seul été admis, qu'il s'agisse du contentieux des autorisations administratives de licenciement des salariés investis de fonctions représentatives (495), tout comme elle lui a été préférée en 1973 dans le contentieux des dérogations d'urbanisme lors de l'affaire Ville de Limoges (496). En 1975, dans une affaire qui concernait le calcul des « forfaits d'externat » alloués par l'Etat aux établissements d'enseignement privés placés sous contrat d'association, le Commissaire du Gouvernement, M. Lebetoulle, proposait également de ne pas s'en tenir, malgré la technicité du calcul en cause à un simple contrôle d'erreur manifeste dès lors que les principes mêmes de la loi Debré de 1959 étaient concernés (497).

A aucun titre donc, le pouvoir discrétionnaire ne sort « renforcé » de l'admission du contrôle d'erreur manifeste. L'hésitation même que peut avoir le juge entre les formes plénières et les modalités réduites de son contrôle peut même le conduire à ré-examiner sans cesse les justifications de la liberté que sa jurisprudence laisse parfois à l'Administration dans l'exercice de ses pouvoirs.

C'est dire que l'histoire du contentieux des motifs n'est pas prête de s'achever.

(492) C.E. (S.), 6 janvier 1967, *Ministre de l'Agriculture c. Delle Dunant*, Rec. 2, J.C.P., 1967.2.15.001. — C.E. (S.), 24 novembre 1967, *Cauchard*, Rec. 442, et la bibli. citée, note 394, *supra*.

(493) Cf. *supra*, notes 382 à 384.

(494) Cf. C.E. (Ass.), 26 janvier 1975, *Gorlier et Bonifay*, Rec. 54, A.J.D.A., 1975.2.141, chr. de jurisprudence Franc et Boyon.

(495) C.E. (Ass.), 5 mai 1976, *Safer d'Auvergne et Ministre de l'Agriculture c. Bernette*, A.J.D.A., 1976.304, chron. Mme Nauwelaers et Fabius, et p. 328.

(496) Cf. C.E. (Ass.), 18 juillet 1973, *ville de Limoges*, préc. note et notamment R.D.P., 1974.559, concl. Rougevin-Baville (contr.).

(497) C.E. (Ass.), 17 octobre 1975, *Association de gestion « Externat des enfants nantais »*, Rec. 519, A.J.D.A., 1975.579, et 565, chronique de Mme Nauwelaers et Fabius, *Rev. Adm.*, 1976.153, concl. Labetoulle. D. 1976.602, note Pacteau.

BIBLIOGRAPHIE

Cette bibliographie ne prétend pas à l'exhaustivité sur le sujet du contentieux des motifs de l'acte administratif. Elle comporte les ouvrages, articles, chroniques, conclusions de commissaires du gouvernement et notes de jurisprudence auxquels nous avons eu le plus large recours. Un grand nombre de notes et quelques ouvrages sont également cités dans le texte à l'occasion des problèmes qu'ils concernent.

1) OUVRAGES ET THESES

- ALIBERT : « Le contrôle juridictionnel de l'administration au moyen du recours pour excès de pouvoirs », 1926.
- AUBY et DRAGO : « Traité de contentieux administratif », première édition 1962, deuxième édition 1975.
- AUCOC : « Conférences sur l'administration et le droit administratif », 1869.
- AUCOC : « Le Conseil d'Etat, avant et depuis 1789. Ses transformations, ses travaux », 1876.
- BONNARD : « Précis de droit administratif », 1943.
- CASTAGNE : « Le contrôle juridictionnel de la légalité des actes de police administrative », 1964.
- CHALVON-DEMERSAY : « L'examen du fait par le Conseil d'Etat », 1922.
- CHAUDET : « Les principes généraux de la procédure administrative contentieuse », 1967.
- CHEVALLIER : « L'élaboration historique du principe de séparation de la juridiction administrative et de l'administration active », 1970.
- COLSON : « L'office du juge et la preuve dans le contentieux administratif », 1970.
- DEBBASCH : « Procédure administrative contentieuse et procédure civile », 1962.
- DE SOTO : « Contribution à la théorie des nullités des actes administratifs », 1941.
- DI QUAL : « La compétence liée », 1964.
- DOUENCE : « Recherches sur le pouvoir réglementaire de l'administration », 1968.
- DUBISSON : « La distinction de la légalité et de l'opportunité dans la théorie du recours pour excès de pouvoir », 1958.
- DUBOIS : « La théorie de l'abus de droit dans la jurisprudence administrative », 1962.
- DUGUIT : « Traité de Droit Constitutionnel », 1927.
- GJIDARA : « La fonction administrative contentieuse », 1972.
- GOLDENBERG : « Le Conseil d'Etat, juge du fait », 1932.
- GOY : « Eléments psychologiques de l'acte juridique en droit public français », dact., 1958.
- HAURIU : « Précis de droit administratif ».

- HOSTIOU : « Procédures et formes de l'acte administratif unilatéral en droit français », 1975.
- IMBERT : « L'évolution du recours pour excès de pouvoir 1872-1900 », 1952.
- ISAAC : « La procédure administrative non contentieuse », 1968.
- JEZE : « Les principes généraux du droit administratif ».
- KESSLER : « Le Conseil d'Etat », 1968.
- KORNPROBST : « La notion de partie et le recours pour excès de pouvoir », 1959.
- LAFERRIERE : « Traité de la juridiction administrative », 1896.
- LANDON : « Le recours pour excès de pouvoir sous le régime de la justice retenue », 1942.
- LANDON : « Histoire abrégée du recours pour excès de pouvoir », 1962.
- LOSCHAK : « Le rôle politique du juge administratif français », 1972.
- MERIKOSKI : « Le pouvoir discrétionnaire », 1958.
- MOURGEON : « La répression administrative », 1966.
- ODENT : « Cours de contentieux administratif » (ronéot.); 1965-1966, et 1970-1971.
- PACTET : « Essai d'une théorie de la preuve devant la juridiction administrative », 1952.
- PEISER : « Le recours en cassation en droit administratif », 1957.
- PHILIBERT : « Le but et le motif dans l'acte administratif », 1934.
- PY : « Le rôle de la volonté dans les actes administratifs unilatéraux », 1976.
- SANDEVOIR : « Etudes sur le recours de pleine juridiction », 1964.
- STASSINOPOULOS : « Traité des actes administratifs », 1956.
- TEITGEN : « La police municipale », 1934.
- VEDEL : « Essai sur la notion de cause en droit administratif », 1934.
- VENEZIA : « Le pouvoir discrétionnaire », 1958.
- VIVIEN : « Etudes administratives », 1859.
- WEIL : « Les conséquences de l'annulation d'un acte administratif pour excès de pouvoir », 1952.
- WELTER : « Le contrôle juridictionnel de la moralité administrative », 1929.
- WIENER : « Vers une codification de la procédure administrative », 1975.

2) ARTICLES, NOTES ET COMMENTAIRES DE JURISPRUDENCE

- AUBY, note sous C.E. (S.), 21 juillet 1948, Riss et C.E., 28 juillet 1948, Calvet, S. 1949.3.1.
- AUBY, note sous C.E. (S.), 30 juin 1950, Queralt, S. 1951.3.85.
- AUBY : « La procédure administrative non contentieuse », D. 1956. Chr. 27.
- AUBY : « L'influence du changement des circonstances sur la validité des actes administratifs unilatéraux », R.D.P., 1959.431.
- AUBY, note sous C.E. (Ass.), 10 janvier 1964, Syndicat national des cadres de bibliothèques et C.E. (Ass.), 10 janvier 1964, Ministre de l'Agriculture c. Simonnet, S. 1964.234.
- AUBY : « Les moyens inopérants dans la jurisprudence administrative », A.J.D.A., 1966. 1.5.
- AUBY : « L'abrogation des actes administratifs », A.J.D.A., 1967.1.131.
- AUBY, note sous C.E. (S.), 11 juillet 1975, Clément et association pour la défense de la culture, D. 1976.213.
- BERNARD : « Le contrôle du Conseil d'Etat sur l'appréciation par l'administration de l'aptitude professionnelle ou physique des fonctionnaires », E.D.C.E., 1957.54.
- BONNARD, note sous C.E., 12 novembre 1929, Compagnie des mines de Siguini, S. 1930. 3.17.
- BONNARD : « Le pouvoir discrétionnaire des autorités administratives, et le recours pour excès de pouvoir », R.D.P., 1923.367.
- BONNARD, note sous C.E., 11 janvier 1935, Gras et C.E., 25 juin 1937, de la Raudière, R.D.P., 1938.138.
- BOYON (v. Franc).
- BRAIBANT : « L'informatique dans l'administration », R.I.S.A., 1969.341.
- BRAIBANT : « Le principe de proportionnalité », Mélanges Waline, 1974, p. 297.

CABANES (v. Labetoulle).

CATHERINE et THUILLIER : « Introduction à une philosophie de l'administration », 1969.

CHAPUISAT : « Le droit administratif à l'épreuve de l'urbanisme dérogatoire », A.J.D.A., 1974.1.

CHAPUS, note sous C.E., 21 décembre 1960, Vicat-Blanc, D. 1961.421.

CHARLIER : « La cause dans la jurisprudence administrative récente », J.C.P., 1950.1.870.

CHARLIER : « La technique de notre droit administratif est-elle adaptée à sa fonction ? », E.D.C.E., 1951.39.

COLSON, note sous C.E., 24 janvier 1968, Société Maison-Genestal, Gaz. Pal., 1968.1.203.

COULET : « La notion de compatibilité dans le droit de l'urbanisme », A.J.D.A., 1976.291.

DEBBASCH, note sous C.E., 24 juin 1960, Société Frampar et Société France-Edition, S. 1960.348.

DEBBASCH, note sous T.A., Paris, 30 septembre 1963, de Crémiers, J.C.P., 1963.2.13 577.

DELMAS-MARSALET : « Le contrôle juridictionnel des interventions économiques de l'Etat », E.D.C.E., 1969.134.

DEMICHIEL, note sous C.E., 13 novembre 1964, Livet, D. 1965.668.

DENOIX de SAINT-MARC et LABETOULLE : « Pouvoirs d'instruction du juge — secret médical », chronique de jurisprudence, A.J.D.A., 1969.1.689.

DENOIX de SAINT-MARC et LABETOULLE : « Les pouvoirs d'instruction du juge administratif », E.D.C.E., 1970.69.

DE SOTO : « Recours pour excès de pouvoir et interventionisme économique », E.D.C.E., 1952.78.

DI QUAL, note sous C.E., 13 juillet 1963, époux Meyer, D. 1964.267.

DIVIER : « L'administration transparente », R.D.P., 1975.59.

DRAGO : « Le défaut de base légale dans le recours pour excès de pouvoir », E.D.C.E., 1960.27.

DRAGO, note sous C.E., 22 juin 1963, Poncin, A.J.D.A., 1963.2.649.

DRAGO, note sous C.E. (Ass.), 2 novembre 1973, Société anonyme François Maspero, J.C.P., 1974.2.17642.

DRAN, note sous C.E., 22 avril 1966, Tochou et Mony, D. 1966.509.

DUPEYROUX et GARAGNON, note sous C.E., 24 avril 1964, Villard et autres arrêts, D., 1965.494.

DUPUIS : « Les visas apposés sur les actes administratifs », Mélanges Waline, p. 407.

FABIUS, v. Nauwelaers.

FRANC et BOYON : « Contrôle du juge », chronique de jurisprudence, A.J.D.A., 1975.128 et 130.

FROMONT, note sous C.E. (S.), 24 janvier 1968, Société Maison-Genestal, D. 1969.457.

FROMONT : « Le contrôle de l'appréciation des faits économiques dans la jurisprudence administrative », A.J.D.A., 1966.1.588.

GANDOLFI : « Les motifs déterminants dans le recours pour excès de pouvoir », J.C.P., 1964.1.1835.

GARAGNON (v. Dupeyroux).

GAZIER : « Essai de présentation nouvelle des ouvertures du recours pour excès de pouvoir », E.D.C.E., 1951.77.

GILLI : « Le contrôle juridictionnel du permis de construire — incertitudes et insuffisances », Mélanges Waline, 1974, p. 467.

GIRAUD : « Il faut enseigner l'administration », R.D.P., 1951.337.

GOY : « L'abus de droit en droit administratif français », R.D.P., 1962.1.

GOYARD : « Les idées de Charles Eisenmann sur le contrôle des motifs », Mélanges Eisenmann, 1975, p. 339.

HAURIOU, note sous C.E., 18 décembre 1891, Vandelet et Faraut, S. 1893.3.129.

HAURIOU, note sous C.E., 16 novembre 1900, Maugras, S. 1901.3.57.

HAURIOU, note sous C.E., 22 mars 1901, Pagès, S. 1903.3.73.

HAURIOU, note sous C.E., 17 janvier 1902, Favatier, S. 1903.3.97.

HAURIOU, note sous C.E., 30 janvier 1902, Grazietti, S. 1903.3.113.

- HAURIOU, note sous C.E., 11 avril 1913, Compagnie des tramways de l'Est parisien, S. 1914.3.113.
- HAURIOU, note sous C.E., 1^{er} avril 1914, Gomel, S. 1917.3.25.
- HAURIOU, note sous C.E., 25 juin 1920, Préfet de la Savoie, S. 1922.3.57.
- HAURIOU, note sous C.E., 22 avril 1921, Leloutre, S. 1923.3.25.
- HAURIOU, note sous C.E., 22 janvier 1926, Lefranc, S. 1926.3.25.
- HAURIOU, note sous C.E., 27 mars 1925, Mariani, S. 1927.3.57.
- HAURIOU : « Police juridique et fond du droit », *Rev. trim. de droit civil*, 1926.265.
- HAURIOU (André) : « Le pouvoir discrétionnaire et sa justification », *Mélanges Carré de Malberg*, 1933, p. 251.
- JEZE, note sous C.E., 28 juin 1906, Monod, R.D.P., 1911.289.
- JEZE, note sous C.E., 13 mai 1910, Dessay, R.D.P., 1911.286.
- JEZE, note sous C.E., 24 juin 1916, Camino, R.D.P., 1917.463.
- JEZE, note sous C.E. (Ass.), 22 janvier 1937, ville de Condé-sur-Noireau, R.D.P., 1937.324.
- JEZE : « Essai sur l'influence des motifs déterminants sur la validité des actes juridiques en droit administratif français », R.D.P., 1922.377.
- JEZE : « Appréciation par les gouvernants et leurs agents de l'opportunité d'agir », R.D.P., 1943.1.
- JOSSE : « Extension et limites de la compétence du Conseil d'Etat », *Livre Jubilaire du Conseil d'Etat* (1952), p. 161.
- JOSSE, note sous C.E. (Ass.), 30 juin 1961, Groupement de défense des riverains de la route de l'intérieur, D. 1961.663.
- P.-L. J., note sous C.E. (Ass.), 27 avril 1951, Mélamède, D. 1951. J. 453.
- JURET : « Observations sur la motivation des décisions juridictionnelles internationales », R.G.D.J.P., 1960.516.
- K. (J.), note sous C.E. (S.), 26 octobre 1973, Grassin, A.J.D.A., 1974.2.34.
- KORNPROBST : « La compétence liée », R.D.P., 1961.934.
- KORNPROBST : « L'erreur manifeste », D. 1965. Chr. 121.
- LABETOULLE et CABANES : « Contrôle du juge de l'excès de pouvoir — erreur manifeste d'appréciation », *chronique de jurisprudence*, A.J.D.A., 1971.1.33.
- LABETOULLE et CABANES : « Validité des actes administratifs — forme — motivation », *chronique de jurisprudence*, A.J.D.A., 1971.1.150.
- LABETOULLE et CABANES : « Pouvoirs du juge — contrôle du juge de l'excès de pouvoir — compétence liée », *chronique de jurisprudence*, A.J.D.A., 1971.1.276.
- LABETOULLE et CABANES : « Notion d'utilité publique, contrôle du juge de l'excès de pouvoir », *chronique de jurisprudence*, A.J.D.A., 1971.1.404.
- LABETOULLE (v. Denoix de Saint-Marc).
- LAMARQUE, note sous C.E., 23 novembre 1959, Freyssinet, S. 1960.227.
- LAMARQUE : « L'article 16 de la Constitution de 1958 — bilan de jurisprudence », *Mélanges Brêthe de la Gressaye*, 1968, p. 423.
- LAUBADERE : « Le contrôle juridictionnel du pouvoir discrétionnaire dans la jurisprudence récente du Conseil d'Etat », *Mélanges Waline*, 1974, p. 531.
- LAUDADERE, note sous C.E. (S.), 26 juin 1953, Dorly, S. 1954.3.1.
- LEMASURIER : « La preuve du détournement de pouvoir », R.D.P., 1959.36.
- LEMASURIER : « Vers un nouveau principe général du Droit — le principe « bilan-coût-avantages », *Mélanges Waline*, 1974, p. 551.
- LETOURNEUR : « Apparition de nouveaux éléments subjectifs dans le recours pour excès de pouvoir », E.D.C.E., 1953.69.
- LETOURNEUR : « L'étendue du contrôle du juge de l'excès de pouvoir », E.D.C.E., 1962.51.
- LIET-VAUX : « Propriété et détournement de pouvoir », note sous C.E., 23 octobre 1963, Musy, *Rev. Adm.*, 1963.461.
- MASSOT et DEWOST : « Contrôle du juge de l'excès de pouvoir ; cas où l'administration se fonde sur plusieurs motifs ; pouvoir discrétionnaire », *chronique de jurisprudence*, A.J.D.A., 1968.1.339.
- MATHIOT, note sous C.E., 22 juillet et 22 décembre 1949, Société des automobiles Berliet, S. 1951.3.1.
- MEGRET : « De l'obligation pour l'administration de procéder à un examen particulier des circonstances de l'affaire », E.D.C.E., 1953.77.

- MESTRE, note sous C.E. (Ass.), 19 mai 1933, Benjamin et Syndicat d'initiative de Nevers, S. 1933.3.1.
- MICHOUD : « Etudes sur le pouvoir discrétionnaire », R.G.A., 1914, p. 1 et p. 195, 1915, p. 5 et p. 193.
- MODERNE, note sous C.E. (Ass.), 27 novembre 1970, Agence maritime Marseille-fret et autres, J.C.P., 1971.2.16757.
- MODERNE : « Le secret médical devant les juridictions administrative et fiscale », A.J.D.A., 1973.404.
- MOTULSKY : « Le manque de base légale, pierre de touche de la technique juridique », J.C.P., 1949.1.775.
- NAUWELAERS et FABIUS : « Contrôle du juge sur la motivation d'une décision administrative reposant sur un motif illégal alors qu'un autre motif légal et probant a été invoqué au cours de l'instruction », chronique de jurisprudence, A.J.D.A., 1976.416.
- PEISER : « Le juge administratif et les dérogations », Mélanges Waline, 1974, p. 665.
- PAUTI : « Décisions implicites et jurisprudence administrative », R.D.P., 1975.1525.
- RAUX : « L'examen des faits par le juge de l'excès de pouvoir dans le contrôle de la légalité interne de la procédure d'expropriation », A.J.D.A., 1967.2.197.
- REGLADE : « Du prétendu contrôle juridictionnel de l'opportunité », R.D.P., 1925.413.
- RIVERO : « Le système de protection contre l'arbitraire administratif à l'épreuve des faits », Mélanges Dabin, t. 2, p. 813.
- RIVERO : « A propos des métamorphoses de l'administration ; démocratie et administration », Mélanges Savatier, p. 828.
- SABOURIN : « Mission de service public, prérogatives de puissance publique et notion d'autorité administrative », J.C.P., 1971.1.2407.
- SAUVIGNON : « La pluralité de motifs dans l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire devant le juge de l'excès de pouvoir », A.J.D.A., 1971.1.200.
- SAVY : « Le contrôle juridictionnel de la légalité des décisions économiques », A.J.D.A., 1972.
- SAVY : « Remarques sur le permis de construire dérogatoire », A.J.P.J., 1974.782.
- SUR : « Sur l'obligation de motiver formellement les actes administratifs » A.J.D.A., 1974.349.
- T.C. (H.) : « De l'arrêt Maison-Genestal à l'arrêt Crédit Foncier de France », A.J.D.A., 1971.1.196.
- TIMSIT : « Compétence liée et principe de légalité », D., 1964. Chr. 217.
- VIDAL : « L'évolution du détournement de pouvoir dans la jurisprudence administrative », R.D.P., 1952.285.
- VINCENT : « L'erreur manifeste d'appréciation », *Rev. Adm.*, 1971.407.
- WALINE, note sous C.E., 16 novembre 1928, Foucher, D. 1929.3.33.
- WALINE : « Le pouvoir discrétionnaire de l'administration », R.D.P., 1930.197.
- WALINE, note sous C.E. (S.), 27 mars 1936, Bonny, D.P., 1939.3.34.
- WALINE, note sous C.E., 20 novembre 1942, Vally, D.C., 1944. J. 29.
- WALINE : « Contrôle de la moralité administrative », chronique sous C.E., 20 juin 1952, Legros, R.D.P., 1953.725.
- WALINE : « Limites des pouvoirs d'un gouvernement démissionnaire », chronique sous C.E. (Ass.), 4 avril 1952, Syndicat régional des quotidiens d'Algérie, R.D.P., 1952.1035.
- WALINE : « L'égalité admissibilité aux emplois publics », chronique sous C.E. (Ass.), 28 mai 1954, Barel, R.D.P., 1954.509.
- WALINE : « Dans quelle mesure la Comédie Française relève-t-elle du droit public », chronique sous C.E., 12 février 1954, Palaprat, R.D.P., 1954.1072.
- WALINE : « Annulation d'une décision dont l'un des motifs est inexact », chronique sous C.E., 29 octobre 1954, Rougier, R.D.P., 1955.187.
- WALINE : « Etendue et limites du contrôle du juge de l'excès de pouvoir », E.D.C.E., 1956.29.
- WALINE : « Pouvoirs d'instruction du juge et secret médical », chronique sous C.E., 24 octobre 1969, Gougeon, R.D.P., 1970.394.
- WALINE : « L'auto-limitation du pouvoir discrétionnaire par des « directives » », chronique sous C.E. (S.), 11 décembre 1970, Crédit Foncier de France, R.D.P., 1971.1224.

- WALINE : « L'appréciation par le juge des intérêts généraux concernés par une dérogation aux règlements d'urbanisme », chronique sous C.E. (Ass.), 16 juillet 1973, R.D.P., 1974.259.
- WALINE : « L'application des directives non publiées », chronique sous C.E. (S.), 29 juin 1973, Géo, R.D.P., 1974.547.
- WEIL, note sous C.E. (S.), 28 décembre 1949, Société des automobiles Berliet, D. 1950. J. 383.
- WIENER : « La motivation des actes administratifs en droit comparé », R.I.D.C., 1969. 779.

3) CONCLUSIONS DE COMMISSAIRES DU GOUVERNEMENT

- AUCOC, concl. sous C.E., 13 mars 1867, Bizet, Rec. 276.
- BAUDOUIN, concl. sous C.E. (S.), 17 novembre 1965, A.J.P.I., 1966.2.603.
- BAUDOUIN, concl. sous C.E. (S.), 6 novembre 1970, Guyé, R.D.P., 1971.517.
- BERNARD (Michel), concl. sous C.E. (S.), 21 mars 1958, Delteil, Rec. 189.
- BERNARD (Antoine), concl. sous C.E. (S.), 26 octobre 1973, Grassin, A.J.D.A., 1974. 2.34
- BERTRAND, concl. sous C.E. (S.), 26 janvier 1968, Société Maison-Génestal, Rec. 62.
- BERTRAND, concl. sous C.E. (S.), 11 décembre 1970, Crédit Foncier de France, Rec. 750.
- BRAIBANT, concl. sous C.E., 23 décembre 1960, Lavefve-Orbinot, A.J.D.A., 1961.2.108.
- BRAIBANT, concl. sous C.E. (S.), 11 mai 1962, Foucher-Creteau, Rec. 319.
- BRAIBANT, concl. sous C.E. (S.), 24 avril 1964, Villard, Dr. Soc. 1964.441.
- BRAIBANT, concl. sous C.E., 17 juin 1964, Poncin, R.D.P., 1964.811.
- BRAIBANT, concl. sous C.E. (S.), 13 novembre 1970, extraits cités, A.J.D.A., 1971.1.33.
- BRAIBANT, concl. sous C.E. (Ass.), 28 mai 1971, Ministre de l'Équipement et du Logement c. Fédération de défense des personnes concernées par le projet actuellement dénommé « Ville nouvelle-Est », A.J.D.A., 1971.1.463.
- BRAIBANT, concl. sous C.E., 2 mars 1973, demoiselle Arbousset, R.D.P., 1973.1067.
- BRAIBANT, concl. sous C.E. (Ass.), 2 novembre 1973, Société Librairie François Maspero, J.C.P., 1974.2.17642.
- CAHEN-SALVADOR, concl. sous C.E., 4 décembre 1925, Leroy, Delvallez et Bailleul c. Compagnie des mines de Courrière, D. 1926.3.6.
- CHARDEAU, concl. sous C.E., 26 octobre 1960, Rioux, Rec. 89.
- CHARDENET, concl. sous C.E., 19 février 1909, Olivier, Rec. 180.
- COMBARNOUS, concl. sous C.E., 3 mai 1963, Alaux, Rec. 261.
- CORNEILLE, concl. sous C.E., 14 janvier 1916, Camino, S. 1922.3.10, R.D.P., 1917.463.
- CORNEILLE, concl. sous C.E., 10 août 1917, Baldy, Rec. 637.
- DELVOLVE, concl. sous C.E., 28 octobre 1949, Société du Cap-Janet, J.C.P., 1950.2.5861.
- DELVOLVE, concl. sous C.E. (Ass.), 27 avril 1951, Mélémede, Rec. 226.
- DENOIX de SAINT-MARC, concl. sous C.E., 28 février 1975, Herr, Cah. jur. de l'électricité et du gaz, 1975. J. 80.
- FOURNIER, concl. sous C.E. (S.), 5 mars 1965, Pernod, A.J.D.A., 1965.2.230.
- GALABERT, concl. sous C.E. (S.), 28 avril 1967, Fédération nationale des syndicats pharmaceutiques de France, A.J.D.A., 1967.2.401.
- GALMOT, concl. sous C.E. (S.), 5 février 1965, Association « Comité d'entente pour l'Algérie Française », Rec. 73.
- GALMOT, concl. sous C.E., 22 avril 1966, Tochou, R.D.P., 1966.584.
- GALMOT, concl. sous C.E. (Ass.), 22 avril 1966, Société « Union africaine de presse », J.C.P., 1966.2.14805.
- GALMOT, concl. sous C.E. (S.), 10 mars 1967, Mutuelle générale des travailleurs des Bouches-du-Rhône, A.J.D.A., 1967.2.340.
- GAUWAIN, concl. sous C.E., 7 décembre 1888, Ponthas, S. 1890.3.69.
- GENTOT, concl. sous C.E. (Ass.), 27 novembre 1970, Agende maritime Marseille-fret et autres, R.D.P., 1971.987.

- GUILLAUME, concl. sous C.E., 24 octobre 1969, Ministère de l'Équipement et du Logement c. Gougeon, D. 1969.732.
- GUIONIN, concl. sous C.E., 31 janvier 1949, Société nancéienne d'alimentation, J.C.P. 1950.2.5909.
- HENRY, concl. sous C.E. (Ass.), 13 juillet 1962, Bréart de Boisanger, D. 1962.664.
- HEUMAN, concl. sous C.E. (S.), 22 avril 1955, Association franco-russe dite Romsky-Dom, *Rev. Adm.*, 1955.404.
- HEUMAN, concl. sous C.E., 24 juin 1960, Société Frampar et *Le Monde*, Rec. 412, R.D.P., 1960.815.
- JOSSE, concl. sous C.E. (S.), 8 juin 1934, Augier, D. 1934.3.31.
- KAHN, concl. sous C.E. (Ass.), 30 juin 1961, Groupement de défense des riverains de la route de l'intérieur, D. 1961.663.
- KAHN, concl. sous C.E. (Ass.), 4 mars 1966, Manufacture des produits chimiques de Tournans, J.C.P., 1966.2.14651.
- KAHN, concl. sous C.E., 22 novembre 1967, Chevreau, Dr. Ouvrier, 1968.113.
- KAHN, concl. sous C.E. (Ass.), 12 janvier 1968, Ministère de l'Économie et des Finances c. dame Perrot, A.J.D.A., 1968.2.179.
- KAHN, concl. sous C.E. (Ass.), 12 décembre 1969, Talleyrand-Périgord, A.J.D.A., 1970.2.34.
- LATOURNERIE, concl. sous C.E., 15 mars 1939, Daubin, R.D.P., 1939.438.
- LAURENT, concl. sous C.E. (Ass.), 18 mars 1955, Hamou ben Brahim, R.J.P.U.F., 1955.405.
- LEONARD, concl. sous C.E. (Ass.), 9 juillet 1943, Tabouret et Laroche, S. 1944.3.16.
- LETOURNEUR, concl. sous C.E. (S.), 27 janvier 1950, Billard, S. 1950.3.40.
- LETOURNEUR, concl. sous C.E. (Ass.), 28 mai 1954, Barel, R.D.P., 1954.508, Rec. 308, *Rev. Adm.*, 1954.393, R.P.D.A., 1954.149.
- L'HOPITAL, concl. sous C.E., 25 février 1864, Lesbats, S. 1864.2.307.
- LONG, concl. sous C.E. (S.), 11 mai 1956, Société Gondrand frères, A.J.D.A., 1956.2.247.
- LONG, concl. sous C.E. (Ass.), 4 décembre 1958, Graff, R.D.P., 1959.315.
- MOSSET, concl. sous C.E. (S.), 7 janvier 1955, Ged, D. 1955.J. 69.
- MOSSET, concl. sous C.E. (S.), 8 mars 1957, Rozé, Rec. 147.
- ODENT, concl. sous C.E., 5 avril 1946, Coulon, S. 1946.3.23.
- PAULIN, concl. sous T.A. Clermont-Ferrand, 13 avril 1962, Pajault, A.J.D.A., 1962.2.519.
- QUESTIAUX (Mme), concl. sous C.E. (S.), 13 mai 1969, Société Distillerie Brabant, A.J.D.A., 1969.2.640.
- RENAUDIN, concl. sous C.E. (S.), 27 mars 1936, Bonny, D.P., 1938.3.34.
- RIGAUD, concl. sous C.E. (S.), 8 décembre 1968, Bachex, R.D.P., 1969.709.
- RIVET, concl. sous C.E., 20 janvier 1922, Trépond, R.D.P., 1922.81.
- ROMIEU, concl. sous C.E., 30 novembre 1906, Jacquin, Rec. 880.
- ROUGEVIN-BAVILLE, concl. sous C.E. (Ass.), 18 juillet 1973, ville de Limoges, R.D.P., 1974.559.
- ROUGEVIN-BAVILLE, concl. sous C.E. (Ass.), 24 janvier 1975, Ministère de l'Information c. Société Rome-Films, R.D.P., 1975.286.
- SAUZET, concl. sous T.A. Paris, 6 novembre 1959, Vicat-Blanc, A.J.D.A., 1960.2.360.
- TEISSIER, concl. sous C.E., 5 juin 1908, Marc, Rec. 623.
- THERY, concl. sous C.E. (Ass.), 8 janvier 1971, dame Desamis, A.J.D.A., 1971.297.
- VUGHT, concl. sous C.E., 24 mai 1974, Diot, *Rev. trim. de dr. sanit. et soc.*, 1975.190.

TABLE DES MATIERES

	Pages
<i>Préface</i>	5
<i>Introduction</i>	11
I. — La consistance du contentieux des motifs des actes administratifs.....	13
II. — L'enjeu du contrôle juridictionnel des motifs des actes administratifs.....	17
III. — La formation historique du régime contentieux des motifs des actes administratifs.....	21
A) La jurisprudence du XIX ^e siècle.....	22
B) La jurisprudence du XX ^e siècle.....	31

PREMIERE PARTIE

LA DETERMINATION PAR LE JUGE DES MOTIFS CONTROLABLES	41
<i>Titre premier.</i> — L'information de principe du juge sur les motifs des actes administratifs, et ses garanties.....	42
<i>Chapitre premier.</i> — La motivation expresse des actes administratifs.....	46
<i>Section 1.</i> — Le domaine de l'obligation de motivation expresse des actes administratifs.....	47
1) Le principe classique « pas de motivation sans texte », et la critique de ses insuffisances	48
1 ^o) La portée concrète de la solution classique excluant toute obligation de motiver tant qu'un texte ne l'a pas prescrite.....	48
2 ^o) La critique des lacunes de la solution classique et les souhaits doctrinaux d'une extension du domaine de l'obligation de motiver.....	51

	Pages
2) La contribution nouvelle de la jurisprudence à la reconnaissance de cas de motivation obligatoire, et ses perspectives.....	55
1°) La jurisprudence avant 1970.....	55
2°) La jurisprudence issue de l'arrêt « Agence Maritime Marseille-fret de 1970.....	59
 <i>Section 2. — Les implications de l'obligation de motivation expresse des actes administratifs.....</i>	 63
1°) Les sanctions jurisprudentielles.....	64
2°) Le contenu des exigences attachées à l'obligation de motiver.....	64
a) La motivation doit être effective.....	64
b) La motivation doit être exhaustive.....	66
 <i>Chapitre II. — La recherche par le juge des motifs de l'acte pendant l'instruction.....</i>	 69
<i>Section 1. — Les moyens de connaissance par le juge des motifs des actes déferés devant lui et non motivés.....</i>	69
1) L'exploitation du dossier et des observations de l'Administration.....	69
2) La demande par le juge à l'Administration de communication des motifs de ses actes.....	71
A) Les conditions de mise en œuvre de la demande de communication des motifs.....	73
B) Le problème de l'opposabilité de certains secrets à la demande du juge.....	76
1°) Le principe de l'opposabilité de certains secrets à la demande du juge.....	77
2°) Les aménagements jurisprudentiels à l'opposabilité des secrets légaux.....	78
 <i>Section 2. — Les sanctions du juge en cas de refus de l'Administration de communiquer les motifs de ses actes.....</i>	 79
1°) Les sanctions prévues par les textes.....	79
2°) Les sanctions réalisées par la jurisprudence.....	80
 <i>Titre II. — Les investigations complémentaires du juge parmi les motifs des actes administratifs.....</i>	 83
<i>Chapitre premier. — La renonciation du juge à censurer certains des motifs au nom desquels l'acte a été pris.....</i>	85
<i>Section 1. — La substitution de motif.....</i>	89

1) La substitution de motif dans le cas de l'acte relevant d'une compétence liée.....	Pages 91
1°) Les fondements de l'admission d'une substitution de motif en cas de compétence liée.....	93
2°) La portée de la jurisprudence sur la substitution de motif.....	93
2) La substitution de motif en-dehors de la compétence liée.....	99
1°) L'admission de la substitution de base légale.....	101
2°) La réticence du juge à l'égard de toutes autres substitutions de motif.....	105
Section 2. — L'exception de motif surabondant.....	107
1) L'évolution du contentieux vers la définition de la surabondance de motif en tant que simple exception.....	109
1°) L'admission facile de la surabondance dans la jurisprudence d'avant 1948.....	109
2°) La réticence moderne à une admission trop systématique de la surabondance de motif.....	111
2) L'aménagement pratique de l'exception de surabondance.....	115
1°) La surabondance de motif en cas de compétence liée.....	115
2°) La surabondance de motif en-dehors de la compétence liée....	115
a) La jurisprudence de 1948 à 1968.....	116
b) La jurisprudence d'après 1968.....	118
Chapitre II. — L'élargissement du domaine du contrôle du juge au-delà des motifs « apparents » de l'acte.....	121
Section 1. — La critique de la sincérité des motifs en cas de compétence liée.....	122
Section 2. — La critique de la sincérité des motifs en-dehors des cas de compétence liée.....	123
1) Les résistances à l'admission d'une critique de la sincérité des motifs.....	124
1°) La jurisprudence d'avant 1940.....	124
2°) La doctrine.....	125
2) La critique de la sincérité des motifs en droit positif.....	128
1°) Les conditions de succès de la critique de la sincérité des motifs.....	128
a) La preuve de l'existence des motifs « cachés ».....	128
b) La preuve du caractère « déterminant » des motifs cachés...	129
2°) La mise en œuvre de la critique de la sincérité des motifs.....	129

DEUXIEME PARTIE

	Pages
L'ETENDUE DU CONTROLE DU JUGE SUR LES MOTIFS DE L'ACTE.....	135
<i>Titre premier.</i> — Le juge contrôle toujours l'exactitude matérielle des motifs de fait et la correction juridique des motifs de droit.....	136
<i>Chapitre premier.</i> -- Le contrôle de l'exactitude matérielle des motifs de fait.....	137
<i>Section 1.</i> — Le contenu de la règle d'exactitude matérielle.....	142
1 ^o) Les faits doivent être complètement vrais.....	142
2 ^o) Les faits doivent avoir été vrais au moment de l'émission de l'acte.....	145
<i>Section 2.</i> — Les méthodes de vérification de l'exactitude matérielle des faits.....	147
1) Les justifications d'une remise en cause du principe « actori incumbit probatio »	149
2) Les aides apportées par le juge au requérant dans sa critique de l'erreur de fait	151
1 ^o) Le juge participe à l'établissement de la preuve de l'inexactitude des motifs de fait.....	152
2 ^o) Le juge impose à l'Administration de participer à la preuve de l'exactitude de ses allégations de fait.....	154
<i>Chapitre II.</i> — Le contrôle de la correction juridique des motifs de droit.....	160
<i>Section 1.</i> — Les motifs de droit ne doivent pas dépasser les limites de la compétence administrative.....	163
1) Les motifs de droit doivent procéder d'une base légale elle-même valable	163
1 ^o) La base légale doit « exister ».....	163
2 ^o) La base légale doit être susceptible de recevoir application en l'espèce (la méconnaissance du champ d'application de la loi).....	167
2) Les motifs de droit doivent respecter les frontières de l'habilitation légale	169
1 ^o) Le juge peut avoir à interpréter la portée de l'énoncé des conditions légales.....	170
2 ^o) Le juge supplée à l'insuffisance de l'énoncé légal.....	172
<i>Section 2.</i> — Les motifs de droit ne doivent pas restreindre la portée de la compétence administrative.....	178

	Pages
1) Les agents publics ne doivent pas renoncer à l'examen au fond des affaires entrant dans le domaine de leur compétence.....	179
1 ^o) Les justifications de cette règle.....	180
2 ^o) La portée de la jurisprudence relative aux renonciations des agents publics à leur compétence.....	180
2) Les agents publics doivent procéder à l'ensemble des appréciations et examens impliqués par leur compétence (la règle d'examen particulier des circonstances de l'affaire).....	183
1 ^o) La jurisprudence classique des motifs entachés d'un insuffisant examen des circonstances de l'affaire.....	187
2 ^o) Les aménagements nouveaux à la censure des motifs manifestant un examen insuffisant des circonstances de l'affaire.....	194
 Titre II. — Le juge n'exerce qu'un contrôle variable sur l'ajustement des motifs de fait aux motifs de droit.....	 200
 Chapitre premier. — La distinction classique du domaine du contrôle juridictionnel et du pouvoir discrétionnaire.....	 203
 Section 1. — Les justifications du pouvoir discrétionnaire.....	 204
1) L'argument de l'opportunité.....	205
2) L'argument de la complexité.....	207
 Section 2. — La recherche jurisprudentielle d'un domaine raisonnable de pouvoir discrétionnaire.....	 208
1) Le point de vue de la nature des questions à trancher.....	210
2) Le point de vue des intérêts en cause.....	213
a) La méthode jurisprudentielle.....	214
b) Les difficultés de la méthode jurisprudentielle.....	227
 Chapitre II. — L'apparition d'un nouveau contrôle « minimum » sur l'appréciation administrative des faits. — L'erreur manifeste.....	 233
 Section 1. — La formation historique du contrôle minimum d'erreur manifeste.....	 235
 Section 2. — L'aménagement pratique de la censure de l'erreur manifeste.....	 245
 Bibliographie.....	 252

ACHEVE D'IMPRIMER
SUR LES PRESSES
DE L'IMPRIMERIE
G. DE BUSSAC
CLERMONT-FERRAND

